رسالة ماجستير بعنوان

الطبيعة القانونية لعقود البوت

The legal Nature Of The B.O.T Contracts

إعداد الطالب

أحمد رمضان صبحي الشرايعه

المشرف

أ.د. هاشم رمضان الجزائري

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2011

التفويض

أنا الطالب أحمد رمضان صبحي الشرايعة أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات، أو المنظمـــات، أو الهيئـــات والمؤســـسات المعنيـــة بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: أحمد رمضان صبحي الشرايعة

التوقيع:

التاريخ:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " الطبيعية القانونية لعقود البوت" وأجيزت بتاريخ: ١١/ ٥/ ٢٠١١م

أعضاء لجنة المناقشة:

التوقيع		أعضاء لجنة المناقشة
	رئيساً	1- الأستاذ الدكتور: هاشم رمضان الجزائري
	عضوا	2-الدكتور : مؤيد عبيدات
	مناقشا خارجيا	3-الدكتور: قيس الشرايرى

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي بعث فينا محمداً – صلى الله عليه وسلم - هادياً وبشيراً. الحمد لله على ما أسبغ علينا من نعم ظاهرةٍ وباطنة، فلك الحمد يا ربِ كما ينبغي لجـلال وجهـك وعظـيم سلطانك.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذي القدير ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور هاشـم رمضان الجزائري لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وما بذله معي من جهد وإرشاد، ولما منحني من علمه ووقته طوال إعداد هذه الرسالة حتى بدت كما هي عليه، فله مني كل الـشكر والتقدير والاحترام.

كما أتقدم بالشكر والجزيل والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة المـوقرين لما سيبدونه من مقترحات قيمة تهدف إلى تصويبها والارتقاء بها.

وكذلك لكل من سهّل لي مهمتي في إنجاز هذه الرسالة.

جزاكم الله جميعاً عني كل خير وسدد على طريق الحق خطاكم

الإهداء

إلى روح جدي الغالية والتي ما زالت ذكراه عبقة بين جوانحنا

إلى والدي الحبيب أطال الله في عمره والذي كان دوماً مثالاً يحتذى

وإلى والدتي الغالية أطال الله في عمرها، التي أفهمتني بعفوية صادقة أن العلم هو الحياة، وأنارت أمام عيني شموع الأمل.

أهدي رسالتي هذه رمزاً للمحبة والوفاء واعترافاً منّي بفضلهما عليّ.

وإليكم يا من تزالون بجانبي ترقبون نجاحي وتقدمي، وتقدمون لي... كل الحب....وكل الدعم....

إلى إخواني وأخواتي وأصدقائي الأعزاء

لهم جميعاً أهدي عملي

مع المحبة والاحترام والعرفان

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
العنوان	أ
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
الشكر والتقدير	د
الإهداء	ه
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ط
الملخص باللغة الانجليزية	ك
الفصل الأول **المقدمة والإطار النظري**	1
مقدمة	1
مشكلة الدراسة	3
أسئلة الدراسة	3
أهمية الدراسة	3
مصطلحات الدراسة	4
الإطار النظري	5
الدراسات السابقة	6
محددات الدراسة	8
منهجية البحث	8
الفصل الثاني **ماهية عقد البوت B.O.T وتميزه عما يختلط به من العقود**	9
المبحث الأول: تعريف عقد البوت وطبيعته	9
المطلب الأول : تعريف عقد البوت B.O.T	10
المطلب الثاني: طبيعة عقد البوت B.O.T	14
المبحث الثاني: تمييز عقد البوت عما يختلط به من العقود .	25

المطلب الأول: تمييز عقد البوت B.O.T عن ما تعد يختلط به من عقود .	25
المطلب الثاني : تمييز عقد البوت B.O.T عن العقود المثيلة له .	32
الفصل الثالث **آثار عقد البوت (B.O.T)**	39
المبحث الأول: حقوق والتزامات الجهة القائمة بالمشروع.	43
المطلب الأول: حقوق الشركة القائمة بالمشروع.	44
المطلب الثاني: التزامات الشركة القائمة بالمشروع.	**54**
المبحث الثاني: حقوق والتزامات الجهة المستفيدة من المشروع.	62
المطلب الأول: حقوق الجهة مانحة المشروع	63
المطلب الثاني: التزامات الجهة مانحة المشروع	74
الفصل الرابع **طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T) والقانون الواجب التطبيق**	79
المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	80
المطلب الأول: الاختصاص القضائي الأردني في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	82
المطلب الثاني: اختصاص القضاء الأجنبي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)	86
المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	87
المطلب الأول: دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).	89
المطلب الثاني: دور التوفيق والتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).	95
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)	102

103	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البــوت (B.O.T) في التشريع الأردني.
105	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البــوت (B.O.T) على هيئات التحكيم.
109	**الفصل الخامس** **الخاتمة والنتائج والتوصيات**
109	الخاتمة
110	النتائج
112	التوصيات
114	قائمة المراجع والمصادر

الطبيعة القانونية لعقود البوت

إعداد الطالب

أحمد رمضان صبحي الشرايعة

إشراف الأستاذ الدكتور

هاشم رمضان الجزائري

ملخص

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة طبيعة عقود ألبوت من خلال الوقوف علـى الطبيعـة القانونية لهذه العقود ووضع النظام القانوني لهذه العقود والوقوف على الحقـوق والالتزامـات الواردة لكلا أطراف العقد في مشروع البوت B.O.T، وكيفية اللجوء إلى القضاء لفض النزاع الناشب بين كلا أطراف العقد، ودور الوسائل والطرق السلمية في فض النزاع الناشئ عن هذا العقد في القانون الأردني.

وقد تكونت الدراسة من خمسة فصول، تناول الفصل الأول منهـا المقدمـة ومـشكلة الدراسة والأسئلة والأهمية والمصطلحات والإطار النظري والدراسات الـسابقة والمحـددات ومنهجية البحث، أما الفصل الثاني فتناول تعريف عقد البوت B.O.T وتميزه عما يختلط بـه من العقود، من خلال مبحثين أما المبحث الأول: فتناول تعريف عقد البـوت وطبيعتـه، أمـا المبحث الثاني فتناول تمييز عقد البوت عما يختلط به من العقود .

أما الفصل الثالث فتناول حقوق والتزامات أطراف عقد البوت (B.O.T) من خـلال مبحثين، أما المبحث الأول فتناول: حقوق والتزامات الجهة القائمة بالمشروع، أمـا المبحـث الثاني: حقوق والتزامات الجهة المستفيدة من المشروع.

أما الفصل الرابع، فتناول طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البــوت (B.O.T) والقانون الواجب التطبيق، حيث تناول المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عــن عقد البوت (B.O.T).أما المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عــن عقد البوت (B.O.T). أما المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على الناشــئة عــن عقــد البوت (B.O.T) أما الفصل الخامس فتناول الخاتمة والنتائج والتوصيات.

وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

1- عدم وجود تشريع مختص بتنظيم عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكيــة) فــي المملكة الأردنية الهاشمية حيث لا يوجد نصوص تنظيم كافة مراحل العقد من بدايتــه إلى حيث يتم تسليم المشروع.

2- عدم وجود هيئة أو مؤسسة مستقلة متكونة من مجموعة من الأعضاء تتــوافر فــيهم الكفاءة القانونية والفنية لتنظيم التعاقد في مشروعات البوت حيث أن إهمال تنظيم هذه العقود يؤدي إلى إهمال مقدرات البلاد.

ويوصي الباحث بضرورة وضع تشريعات مشجعة لعقود البوت تساعد على جذب المستثمرين المحليين والأجانب للتعاقد وفق هذا النظام وذلك لما لهذا العقد من دور في دفع عجلة الاقتصاد والنهوض بالدولة في مراحل التنمية ولكن دون الإخلال بمصالح الدولة الرئيسية.

The Legal Nature of B.O.T Contracts

Prepared by:

Ahmad Ramadan Subhi Al-Sharai's

Supervisor:

Prof. Dr. Hashem Ramadan Al-Jazaeri

Abstract

The present study aimed to know the nature of B.O.T contracts through tacking the legal nature of these contracts, and to deal with the duties and obligations motioned for the two parties in the B.O.T project contract, and how to resort to jurisdiction to resolve the depute that emerges between the contract's parties, and the role of the means and peaceful methods to resolve the emerging dispute from this contract in the Jordanian Law.

The study consisted of five chapters, the first chapter included the introduction, study's problem, questions, importance and the terms, also the theoretical frame and literatures review, determinants, and the research's methodology.

The second chapter dealt with identification of B.O.T contract, and distinguishing it from other contracts, through two sections, the first section, dealt with the nature and the identification of B.O.T contract. While the second section dealt with the distinction of the B.O.T contract from other contracts.

The third chapter dealt with the B.O.T contract parties, rights and obligations, of the party establishing the project. The second section dealt with the rights and the obligation of the party benefiting from the project.

The fourth chapter dealt with the ways to solve the emerging disputes from the B.O.T contract, and the needed law to be applied. The first section dealt with the juridical resolution for the disputes emerging from B.O.T contract. The second section dealt with the juridical resolution to solve the disputes emerging from the B.O.T contract.

The fifth chapter dealt with the conclusion, the results and the recommendation. The study has reached a set of results and recommendations.

الفصل الأول

مقدمة:

شهد العلم في الآونة الأخيرة تطورات ونمو في كافة المجالات سواء علـــى مـــستوى الصناعة أو البنى التحتية، حيث ظهر أوج التطور وازدهار المشاريع العملاقة بينمـــا كانـــت الدول النامية بعيده من هذا التطور الذي يشهده العالم بسبب فقر هذه الـــدول، وعـــدم قـــدرة حكوماتها على إقامة المشاريع المهمة لتطور البلاد، لذلك اتجهت هذه الـــدول إلـــى القطـــاع الخاص المتمثل في المستثمر والشركات لإقامة هذه المشاريع وذلك وفق أنظمة ونمـــاذج مـــن العقود تكفل الربح والحماية لهذه الشركات ومن هذه العقود عقد البوت.

وبعد التطور الاقتصادي وانتشار التجارة الدولية وتوسعها في كافة دول العالم وانتشار الشركات متعددة الجنسيات، قامت الأمم المتحدة ممثله بهيئاتها المتعددة بالاتجاه إلى هذا العقـــد وذلك في إطار مشروعات قوانين من أجل التقريب بين النظم القانونية المتمثلة في تنظيم انتقال رؤوس الأموال في كافة أنحاء العالم، وجذب الاستثمار وقد ترتب على ذلك ظهـــور أنظمـــه قانونية حديثة مثل التحكيم وعقود البوت[1].

ويتمثل عقد البوت في أن تمنح الدول لمن يرغب من القطاع الخاص الاســـتثمار فـــي المرافق العامة أو المشاريع الأساسية، حيث تقوم الدولة بمنحـــة فرصـــة إنـــشاء المـــشروع واستغلاله خلال فترة معينة حيث تتمثل بعض هذه المشاريع الكبيرة في المطارات ووســـائل النقل الضخمة مثل سكك الحديد والموانئ[2]

(1) نصار، جابر جاد (2002)، عقود ألبوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص5.

(2) - حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008)، عقد البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص34.

وحظيت مشاريع البوت بتأييد واهتمام دولي في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجـــاري الدولي (الاونيسترال) باعتبار أن عقود البوت هي العلاج للمشاكل والعقبات الاقتصادية التـــي تواجه الدول النامية، والمتضررة اقتصادياً، وتعاني من العجز في ميزانياتها ومن الفوائد التي يقدمها عقود البوت (B.O.T) أنها تقوم بدعم القطاع الخاص من خلال منح هـــذه المـــشاريع، كما أنها تدعم الاستثمارات الأجنبية، للاستثمار في مجال عقود البوت في الدول النامية وإبداء استعدادها للدخول بمشاريع تتضمن هذا النوع من العقود (B.O.T).

حيث أن هذا النوع من العقود لا يكلف خزينة الدولة أي أعباء مالية ولا يترتب عليها أي مديونية بل تبقى الدولة في محل المشرف والمطلع على هذه المشاريع خلال فترة العقد[(3)].

وبما أن عقود البوت تتألف من مجموعة كبيرة من الأطراف عند التعاقد فـــإن إنـــشاء مشروع عقد البوت يحتاج في بعض الأحيان إلى عدد كبير من العقود الإضافية وذلك لتـــأمين الحماية والضمانات لكلا أطراف العقد وينصح عند إبرام عقود البـــوت أن تكـــون الـــشروط واضحة لكلا أطراف العقد لتجنب المتاعب والخسائر المالية الضخمة لأي تعطيل في المشروع الذي غالبا ما يكون مشروعاً عملاقاً [(4)].

[(3)]- الضفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، الجامعة الأردنية، ص10.

[(4)]- الطيار، صالح بكر (2000)، النظام القانوني في مشروع البوت B.O.T، مركـــز الدراســـات العربـــي الأوروبي ص8-7.

مشكلة الدراسة :

إن الغرض والسبب من هذه الدراسة هو الوقوف على الطبيعة القانونية لهذه العقود إذ ومن خلال الاطلاع على عدد من العقود (B.O.T) لوحظ أن الأطراف غالباً ما يلجأون إلـــى وسائل مختلفة لحل المنازعات الناشئة عن هذا العقد كالتحكيم والمفاوضات وغيرها، وان هذه الوسائل قد تعترضها صعوبات قانونية تؤدي إلى وجود إشكاليات متعددة مما يتطلــب وضـــع نظام قانوني لمعرفة الحقوق والالتزامات الواقعة على كلا أطراف العقد في مــشروع البــوت B.O.T، وكيفية اللجوء إلى القضاء لفض النزاع الناشب بين كلا أطراف العقد.

أسئلة الدراسة:

هذا ويمكن صياغة المشكلة من خلال هذه الأسئلة وعلى النحو التالي :

1- ما التكييف القانوني لعقود البوت B.O.T ؟

2- هل أن فقهاء القانون والجهات القضائية متفقة على أن عقد البوت عقد إداري ؟

3- هل أن التشريع والقضاء الأردني قد حسما موقفهما حول طبيعة هذا العقد ؟

4- كيف يحل النزاع بين أطراف عقد البوت والذي من الطبيعي أن يثور خلال الــزمن الطويل وما هو القضاء المختص وما هو القانون الواجب التطبيق ؟

5- ما حقوق والتزامات الأطراف في عقود البوت.B.O.T ؟

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة في الدور الذي يلعبه عقد البناء والتشغيل والنقل (البوت B.O.T) في التنمية الاقتصادية على كافة المستويات، وما له من دور في التقدم والتطور على المستوى التنموي لدى الدول النامية. وما يلعبه من دور لدى الدول الغنية أيضا مــن توســعة فـــي

مجال المشاريع الحيوية، وما يقدمه أيضا من دور في تنقل رؤوس الأموال بين الدول، وجذب رؤوس الأموال إلى الدول النامية.

وتبرز أهمية هذه العقود لدينا بما قدمته هذه العقود من تطور لدى الدول النامية التي سبقتنا بالأخذ بهذه العقود، وما ظهر علينا من تطور ملحوظ مما دفعنا إلى البحث عن نظام قانوني يبين لنا الطبيعة القانونية والحقوق والالتزامات في العقود الملحقة بعقد البوت أي التي تقوم مع هذا العقد مثل عقد القرض وخطابات الضمان والإشغال العامة.

وتبرز أهمية الدراسة لما ظهر في الأردن في الآونة الأخيرة من مشاريع على نظام عقد البوت مثل مشاريع القطارات ومشاريع استخراج الصخر الزيتي ومشاريع توليد الكهرباء.

وتظهر أهمية الدراسة أيضا في شح الدراسات والأبحاث حول موضوع عقود البوت B.O.T على مستوى رسائل الدكتوراه والماجستير لحداثة هذه العقود في بلادنا.

مصطلحات الدراسة:

عقود البوت : عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع ((B.O.T)) [(2)].

Build, operate and transferd

-B- الحرف الأول من كلمة Build

-O- الحرف الأول من كلمة Operate

-T- الحرف الأول من كلمة Transfer[(5)]

العقد التجاري: العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية.

[5]) حجازي، عبد الفتاح ، المرجع السابق، ص 9 -3.

العقد الإداري: هو ذلك العقد المتعلق وضعه بمرفق عام وتكون الدولة أو احد أشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيه ويتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

المرفق العام: هو مشروع تتولاه الإدارة بصوره مباشرة أو غير مباشرة بقصد إشباع حاجة عامه.

الإطار النظري:

ستؤكد هذه الدراسة على بيان أهمية عقد البوت B.O.T لما له من أثر في تجنب الوقوع في الكثير من الأزمات الاقتصادية لدى الدول النامية واللحاق بالتطور.

وعلى ذلك سوف يبين الباحث توضيح ماهية عقد البوت من خلال التعريف بهذا العقد وتوضيح جوانبه ثم التمييز بين عقود البوت وغيره من العقود التي تختلط به مثل عقد البيـــع والفدك والإيجار التمويلي وبعض العقود المشتقة من عقد البوت.

وبعد ذلك سيقوم الباحث بتوضيح الحقوق والالتزامات الواقعة على كل من أطـــراف عقد البوت B.O.T حيث سيقوم الباحث بذكر حقوق والتزامات الجهة القائمة بالمشروع ومن ثم حقوق والتزامات الجهة المستفيدة من المشروع.

ومن ثم سيقوم الباحث بتحديد آلية تسوية المنازعات المتعلقة بعقود البـــوت وســـوف يتطرق إلى التسوية القضائية وغير القضائية في منازعات عقود البوت مـــن حيـــث التحكـــيم والوساطة والتوفيق وسوف يقوم الباحث أيضاً بتحديد القانون الواجب التطبيق في منازعـــات عقود البوت .

وأخيرا سيتضمن البحث أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث .

كل هذا يدفعني إلى الوقوف على بيان طبيعة عقد البوت وتمييزه عن غيره من العقود وما يشتبه به وتحديد الحقوق والالتزامات الواقعة على إطراف العقد وتوضيح موقف المشرع الأردني حول هذه العقود.

الدراسات السابقة:

أولا: دراسة الطيار، 2000، النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T في القانون المقارن.

قام الباحث في هذه الدراسة بعد التعريف بعقود البوت بتوضـــيح الطبيعـــة القانونيـــة لمشروعات البوت والمبادئ العامة التي تحكم مشروعات البوت، وقام الباحث أيضا بـــالتطرق إلى تنفيذ اتفاقيات البوت وجزاء الإخلال بالتنفيذ، وقام بتفصيل أوجه الإخلال بالتنفيذ في عقود البوت ووسائل إصلاح الأضرار وكيفية معرفة الإخلال في التنفيذ وكيفيـــة وســـائل إصـــلاح الإضرار لما لها من أهمية في دراستي باعتبارها جزء منها.

ثانيا: دراسة مغبغب ، 2001، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة.

قام الباحث في هذا الكتاب بشرح مشاريع B.O.T البوت وتعريفها وتطرق إلى أنواع مشاريع البوت وميادين تطبيقها وقام الباحـــث بـــشرح مقومـــات عقـــود البـــوت الـــسياسية والاقتصادية، وتطرق إلى آلية التعاقد وإقامة المشروع، وقام الباحث يـــشرح بعـــض البنـــود الواردة في عقود البوت إلا أن الباحث لم يتطرق إلى التحكيم في عقد البوت يشكل واسع وإنما ذكره على سبيل العد.

ثالثا: دراسة الظفيري، 2007، الأسس القانونية لعقد البوت B.O.T في ظـــل كـــل مـــن القانون الأردني والقانون الكويتي.

قام الباحث في هذه الدراسة بتوضيح الأسس القانونية لعقود B.O.T ثم عرج علـــى الجوانب القانونية لتمويل مشروعات عقود البوت ويبين الباحـــث الوســـائل القانونيـــة لفـــض

النزاعات غي عقود البوت من حيث التسوية القضائية وسنستعين بهذه الدراسة في بيان التسوية القضائية وغير القضائية والقانون الواجب التطبيق في عقود البوت لذا فهي تشكل جزء من دراستي.

رابعا: دراسة جمال الدين ، 2007، العقود الدولية والتحكيم.

تناول الباحث في كتابة شرح اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين والدول ورعايا دول أخرى، وقام الباحث أيضا بوضع مجموعة من نماذج العقود الدولية المستخدمة في التعاقد في اللغتين العربية والانجليزية، وقام الباحث أيضا يوضع مجموعة من المصطلحات الانجليزية المستخدمة في العقود الدولية، وسنستفيد من هذا الكتاب في معرفة أهم بنود اتفاقية واشنطن ومعرفة أهم المصطلحات المستخدمة في العقود الدولية باعتبارها جزء من دراستي.

خامسا: دراسة حجازي، 2008، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن

تناول الباحث في كتابه غاية عقود البوت وما يشابهها من العقود، وذكر بعض قضايا التحكيم مثل تحكيم ارامكو وتكساكو وتحكيم ليامكو، وسوف تستفيد من هذا الكتاب للتعرف على بعض قضايا التحكيم والوقوف على القرارات المتخذ بهذا الخصوص قراراتنا، وسنستفيد أيضاً من هذا الكتاب لمعرفه موقف القانون المصري في تنظيم موضوعات عقود البوت.

سادسا: دراسة الحمود، 2008، لحقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية. عمان .

قام الباحث في هذه الدراسة بتوضيح ماهية عقد البوت من حيث التعريف والمزايا لهذا العقد والصيغة القانونية وعرج على الحقوق والالتزامات الواقعة على الإدارة وقام أيضاً بتوضيح طرق فض النزاعات الناشئة عن عقود البوت سواء من الناحية القضائية أو غير

القضائية إلا أن هذه الدراسة لم تتطرق إلى الحقوق والالتزامات الواقعة على الجهة القائمة بالمشروع كما هو الحال في دراستي حيث سوف تستعين بهذا المرجع في بيان الحقوق والالتزامات في عقد البوت في عقد البوت B.O.T

محددات الدراسة:

من خلال استقرائنا للبحث والذي يتضمن دراسة تحليلية وفقا لمنهجية تحليل المحتوى عن طبيعة عقد البوت B.O.T .

1 **-المحددات المكانية** : سوف تكون الدراسة متعلقة بالأردن بشكل خاص مع التعريج على بعض الدول مثل مصر لأسبقيتها بالأخذ بنظام البوت .

2 - **المحددات الزمانية**: من المتوقع الانتهاء من الدراسة في العام 2011 م.

2 - **المحددات الموضوعية:** سوف تعتمد هذه الدراسة على المواضيع التالية:

أ - التعريف بعقود البوت وتميزها عن غيرها.

ب - حقوق والتزامات أطراف عقد البوت.

ج - تسوية المنازعات في عقد البوت .

منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة منهج تحليل المحتوى لإحكام عقد البوت في القانون الأردني والقوانين المقارنة مع المحاولة لإزالة بعض الغموض الذي يكتنف موضوع الدراسة والاستعانة ببعض المصادر العلمية المختلفة، لذلك سنعتمد على تحليل النصوص القانونية ومقارنة ذلك ببعض التشريعات كالقانون المصري والفرنسي الأمر الذي سيجعل الدراسة تقع جلها في دائرة المنهج التحليلي كما أسلفنا.

الفصل الثاني

ماهية عقد البوت B.O.T وتميزه عما يختلط به من العقود

يعد عقد البوت B.O.T من العقود المستحدثة حيث ظهر هذا العقد تلبيةً للعولمة الاقتصادية ،وتزايد ظهور هذا النوع من العقود في السنوات الاخيره من خلال الإقبال الواسع من الدول على إبرام هذا النوع من العقود وان كان لهذا النوع من العقود وجود في الماضي إلا أنها في الحاضر ازدادت وانتشرت بشكل واسع لذا ينبغي ان نقف على تعريف عقد البوت وطبيعته وتمييزه عن غيره من العقود .

وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي :-

المبحث الأول: تعريف عقد البوت وطبيعته

المبحث الثاني: تمييز عقد البوت عما يختلط به من العقود .

المبحث الأول

تعريف عقد البوت وطبيعته

ان تعريف عقد البوت يقتضي منا الرجوع إلى التدرج التاريخي لظهور هذا العقد و الوقوف على الأصل المشتقة منه كلمة البوت كما يتطلب الوقوف على أهم التعريفات لهذا النوع من العقود ولذالك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف عقد البوت B.O.T

المطلب الثاني: طبيعة عقد البوت B.O.T

المطلب الأول: تعريف عقد البوت

إن عقود البناء والتشغيل والنقل البوت (B.O.T) تعد من أفضل العقود التي تلجأ إليها الدول لإقامة المشاريع الحيوية فيها وهي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة حيث تعتمد الدول وخاصة النامية منها للقيام بهذه المشاريع على القطاع الخاص لإقامة وتمويل هذه المشاريع على ان يتم انجاز واستغلال هذه المشاريع خلال فترة محددة من الزمن تكون كافية لاسترداد ما قدمه القطاع الخاص من مصاريف مع الأرباح.

ويرى بعض المهتمين بمجال عقود البوت أن الفرنسيين هم أول من أخذ بهذا النظام عام 1977م في مشروع توزيع مياه باريس الذي أوكل إلى بيرو إخوان ثم توسع اللجوء إليه بعد ذلك ليشمل كل من فرنسا وايطاليا واسبانيا وألمانيا. بينما ذهب اتجاه إلى أن أول ظهور لمشاريع البناء والتشغيل والنقل (البوت) كان بمصر عندما تمكنت الحكومة المصرية عام 1854 من حفر قناة السويس من قبل المسيو فرند بناند دبلي سبس حيث منحته الحكومة المصرية الأراضي والمعدات والآلات والمزايا والإعفاءات اللازمة للمشروع وقد كانت مدة العقد 99 عام مع العلم أن هذا العقد لم يستمر وانتهى على يد الرئيس المصري جمال عبد الناصر عام 1956 قبل نهاية العقد 17 عام[6].

ويرى اتجاه أن المرجع التاريخي لاستعمال عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية يرجع إلى عهد رئيس الوزراء التركي الراحل (تورجوت اوزال) حيث كشف عن هذا النوع من العقود عند اجتماعه بمجموعة من رجال الأعمال وأصحاب الشركات والمستثمرين من القطاع الخاص عندما كان ينادي بخصخصة شركات القطاع العام وإقامة المشاريع الضخمة على

---

(6) الحمود، وضاح محمود رشيد،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ص20.

أساس نظام عقود البوت وقد سارت تركيا على أساس هذا النظام في بداية الثمانينيات بعد نجاح رئيس وزرائها في الانتخابات[7].

لقد ظهر اهتمام الدول النامية بهذا النوع من العقود لما لها من أهمية في خدمة التنمية في هذه الدول وفي كافة المجالات وترجع أسباب الاهتمام بهذا النوع من العقود إلى ما يلي:

1. استخدام التكنولوجيا المتطورة والحديثة بهذه المشاريع والتي في الأغلب لا تكون متوفرة في الدول النامية أو المستضيفة لهذه المشاريع.
2. اتخاذها وسيلة تلجأ لها الدول النامية لنقل التكنولوجيا المتقدمة من خلال الأخذ بهذا النوع من العقود .
3. مشاريع عقود البوت تمكن القطاع الخاص، المشاركة بأعمال البنية التحتية للبلد بعد أن كان ذلك حكراً على القطاع العام في السابق.
4. للمحافظة على سعر الفائدة، من اجل جلب القطاع الخاص للاستثمار في هذه البلدان والمحافظة على العملات الصعبة.
5. إقامة هذه المشاريع لا يؤثر على ميزانية هذه الدول ويكون بعيداً كل البعد عن هذه الميزانية العامة للدولة لاعتماده على القطاع الخاص مما يجنب الدولة فرض ضرائب أو زيادة الضرائب المفروضة على المواطنين[8].

بعد هذا العرض لظهور عقود البوت وخاصة في الدول النامية وبيان فوائدها لا بد من بيان المصدر الذي اشتقت منه هذه التسمية والتعاريف التي وردت بخصوص هذا النوع من العقود

.

([7]) حجازي، عبد الفتاح بيومي مرجع سابق ،ص 10 -11.

([8]) حجازي، عبد الفتاح بيومي، المرجع أعلاه، ص11.

أولاً: المصدر الذي اشتقت منه عقود البوت B.O.T تسميتها : -

يعود أصل كلمة البوت B.O.T إلى ثلاث كلمات في اللغة الانجليزية وهي Build ويرمز لها بالحرف(B) وتعني البناء وكلمة Operate ويرمز لهل بالحرف(O) وتعني التشغيل وكلمة Transfer ويرمز لها بالحرف (T) وتعني نقل الملكية([1]) ويقابل البوت B.O.T في الفرنسية مصطلح C E F ويرجع أصل هذه الأحرف إلى الكلمات التالية construer ويرمز لها بالحرف (c) وكلمة Exploiter ويرمز لها بالحرف (E) وتعني الاستثمار وكلمة Transferor ويرمز لها بالحرف(T)

وتستخدم هذه الكلمات سواء بالعربية أو بالانجليزية أو غيرها من المرادفات للدلالة على هذا النوع من العقود التي تتعلق بمشاريع تمنحها الدولة للقطاع الخاص حيث يتم بموجب هذه العقود إقامة المشروع وتشغيله والذي يكون في الغالب مشروع حيوي بالنسبة للدولة مثل مشاريع البنية التحتية ولحساب القطاع العام على ان ينجز ضمن فترة محددة من الزمن تذكر في العقد تنتقل بعدها ملكية المشروع الدولة[(9)].

ثانيا: التعريفات القانونية والفقهية لعقود البوت

نظراً لحداثة اللجوء إلى هذا النوع من العقود فقد تباينت التعريفات الواردة بشأنه حيث ظهرت مجموعة من التعريفات نوردها على النحو الآتي: -

- حيث عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت (B.O.T) بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل

([9]) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 81-82.

واستغلاله تجارياً أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع)[10].

- وقد عرفت منظمة اليوندو (المنظمة الدولية للتنمية الصناعية) عقد البوت (B.O.T) بأنه "اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأية رسوم أخرى بشرط إلا تزيد على ما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختباره عن طريق الممارسة العامة"[11].

- وقد ذهب اتجاه فقهي إلى أن مشروعات البوت هي: (تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائم ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة بدون مقابل) [12]..

([10]) البهجي، عصام أحمد (2008)عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، دار الجامعة الحديد. ، ص13.

([11]) الحمود، وضاح رشيد، مرجع سابق، ص 23 - 24.

([12]) عبيد، حسن أحمد (2000)، بدائل نظام ألبوت في التمويل، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ألبوت، اكتوبر، 2000، ص33.

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل على أنه" تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع خالصاً له طول مدة الترخيص ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو إلى أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبنية في اتفاق الترخيص وقرار منحه " [13].

المطلب الثاني

طبيعة عقود البوت

وقد تباينت وجهات نظر فقهاء القانون العام والخاص بشأن ماهية عقود البوت وقد انعكس ذلك عليهم مما أثر على تعريفاتهم لهذه العقود حيث اعتبر بعضهم عقد البوت عقد ذا طبيعة إدارية واعتبره آخرون عقداً ذو طبيعة مدنية واعتبره آخرون عقداً ذو طبيعة تجارية وظهر اتجاه آخر اعتبره ذو طبيعة خاصة لذلك سوف نتعرض لهذه الاتجاهات وعلى النحو التالي :

أولا: عقد البوت من عقود القانون الإداري : -

حيث عرف أحدهم ، عقد البوت بأنه "شكل من أشكال تقديم الخدمات البلدية تمنح بمقتضاه الحكومة أو جهة حكومية - لفترة محدودة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها اسم شركة المشروع الحق في تصميم وبناء وتشغيل وإدارة مشروع معين تقترحه الحكومة بالإضافة إلى حق الاستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون

---

(13) بدر، أحمد سلامة (2003). العقود الادارية وعقد البوت، دارا النهضة العربية، ص 356 - 357.

كافية لتسترد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات المشروع أو أية مزايا أخرى تمنح للشركة ضمن عقد الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليه" [14].

ان إعطاء فقهاء القانون الإداري الصفة الاداريه لعقد البوت ومن ثم تعريفهم له على هذا الأساس، يرجع للأسباب التالية: -

1. أن عقد البوت هو امتداد لعقد الالتزام.
2. أن الإدارة هي أحد أطراف هذا العقد.
3. أن عقد البوت يتعلق بإنشاء مرفق عام.
4. أن عقود البوت تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[15].

أما أهم المعايير التي يعتمد عليها أصحاب هذا الرأي لاعتبار هذا العقد إدارياً هي : -

1. أن يكون أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام.
2. اتصال العقد بمرفق عام.
3. أن يتضمن العقد بعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص.

وبذلك يرى فقهاء القانون الإداري كسّلام ان هذه الشروط متوفرة في عقد البوت (B.O.T)، حيث أن الشرط الأول الذي يتضمن بأن يكون أحد الأطراف شخص من أشخاص القانون العام، والشرط الثاني الذي ينص أن يتعلق العقد بمرفق عام أنها شروط حتمية الوجود في عقد البوت (B.O.T)، وهو ما يتم التأكيد عليه في كافة التعريفات لعقود البوت[16]..

---

(14) خوري، رئيف، عقود ألبوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية ، بيروت، لبنان، ص77.

(15) حجازي عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص79.

(16) سلام، احمد رشاد محمود (2004)– عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة – دار النهضة العربية – القاهرة ،ص34.

أما ما يتعلق بوجود شروط استثنائية فإن هذا حق متروك للإدارة تستطيع طرحه في عقود البوت وذلك للمحافظة على المصلحة العامة التي تسعى الإدارة للمحافظة عليها. وأن جهة الإدارة عند التعاقد في عقود البوت (B.O.T) تتعاقد بصفتها سلطة عامة مع شركة خاصة لإقامة المشروع وتشغيله فترة من الزمن مع حق إعادة المشروع إلى الدولة بعد انتهاء الفترة الزمنية ومن الحقوق المرتبة في العقد أيضا حق الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل وفسخ العقد لأن هذا العقد يعد عقداً إداريا(17).

وكون الإدارة طرفا في هذا العقد، وتعلقه بنشاط مرفق عام فإنه يعد عقداً إدارياً بحد ذاته وأن تخلف عنه ببعض الشروط وهذا ينطبق على عقود البوت(18).

ثانيا: عقد البوت من العقود المدنية: -

يرى أحدهم أن عقود البوت B.O.T هي عقود مدنية فرغم أنهم لم يخرجوا عن التعريفات المتعارف عليها لعقد البوت إلا أنهم اعتبروا أن عقد البوت عقد ذا طبيعة مدنية وأنهم استندوا في ذلك على مجموعة من الحجج و البراهين وهي(19) :

1 - عدم توافر شروط العقود الإدارية في عقد البوت حيث انه من المعروف انه لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية يجب ان تتوافر فيه **الشروط الآتية** :

أ - أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد.

ب - تعلق العقد بمرفق عام.

---

(17) حجازي، عبد الفتاح بيومي ،مرجع سابق، ص 83 - 84.

(18) نصار، جابر جاد ، مرجع سابق، ،ص52.

(19) سري الدين، هاني صلاح (2001) التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية – القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى، ص 47.

ت - توافر شروط استثنائية يتفق عليها الطرفان غير متوافرة في العقود المدنية .

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشرط الثالث لا ينسجم مع طبيعة عقود البوت B.O.T لأن عقد البوت لا تتوافر فيه شروط استثنائية غير متوافرة في العقود المدنية ، إذ يتم التعاقد في عقود البوت B.O.T بين الدولة بكونها شخص عادي أي ليست صاحبة سلطة وسيادة أي ليست بصفتها سلطة عامة مع شركة المشروع . وان المتتبع لأحكام القضاء المصري يرى أنه يشترط أن تتوافر الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه مجتمعةً لكي يعتبر العقد عقد إداري، وفي حال عدم توافر الشروط الثلاثة مجتمعةً فإن العقد لا يعتبر عقد إداري على عكس القانون الفرنسي الذي اشترط توافر شرطين وهما:. أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، والشرط الثاني يجب أن يكون أحد الشرطين السابقين من شروط العقد الإداري[20].

ويدعم فقهاء هذا الاتجاه رأيهم كون عقود البوت من عقود القانون المدني أن القضاء العادي هو القضاء المختص في فض المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T ما لم يرد شرط التحكيم في هذا العقد ، ويرجع سبب اختصاص القضاء العادي أو التحكيم عند الاتفاق على اللجوء إليه في فض المنازعات في هذه العقود إلى مجموعة من الأسباب هي :

1. أن التعاقد في عقود البوت B.O.T يسوده مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وسلطان الإرادة وهذا ما ينزع عنه الصفة الإدارية في فض النزاع.
2. في عقود البوت تنشأ بين الإدارة (الدولة) وبين شركة المشروع مجموعة من الالتزامات والحقوق على أساس التوازن بين الطرفين دون ان يكون للدولة اية سلطة عليا.

---

(20) الحبشي، مصطفى عبد المحسن (2008). الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية مصر، ص 31-32.

3. أن توسع العلاقات الاقتصادية بين الدولة وشركات القطاع الخاص تجبر الدولة في التخلي عن سلطاتها وتقيدها في التعامل والتعاقد مع الشركات وأفراد القطاع الخاص كفرد عادي مما يصبغ الصفة المدنية على عقودها التي تبرمها مع القطاع الخاص وأبرز هذه العقود هو عقد البوت حيث أنه في حال ظهور الدولة كونها صاحبه سلطة عامة يجبر القطاع الخاص على الحيلولة دون الدخول في تعاقدات مع الدولة[21].

وقد ترد نصوص صريحة في عقود البوت B.O.T تنفي عن هذه العقود الطبيعة الإدارية ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 4/18 من العقد الموقع بين شركة انترجن لتوليد الكهرباء وبين هيئة الكهرباء المصرية[22].

وتجدر الإشارة إلى انه لا يمكن التمسك بفكرة ان عقد البوت B.O.T عقد تكون دائماً أطرافه الإدارة وشركة المشروع التابعة إلى القطاع الخاص حيث أنه من الممكن أن يكون كلا طرفي عقد البوت من القطاع الخاص . وهذا ما يؤكد أن هذا العقد هو عقد مدني يخضع في أحكامه للقانون المدني[23].

إذن وكما سلفنا انه من الممكن ان يكون كلا طرفي عقد البوت من أشخاص القانون الخاص كأن تتعاقد شركة مع مستثمر أو شركة مع شركة أخرى للقيام بمشروع معين وبعد القيام بالمشروع واستغلاله تقوم الشركة المستثمرة بإرجاع المشروع إلى الشركة صاحبة المشروع ومن الأمثلة العملية على أرض الواقع ما جرى في جمهورية مصر العربية عند قيام قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة إلى طرح مشروع لإنشاء محطة مياه بنظام البوت B.O.T وكذلك إعلان نادي الصيد في الدقي عن عملية بناء صالة وتعاقده مع شركة مصرية

([21]) حجازي، عبد الفتاح بيومي ، مرجع سابق، ص110.

([22]) الحبشي، مصطفى عبد المحسن ،.مرجع سابق، ص32.

([23]) البهجي، عصام أحمد ،مرجع سابق، ص16.

خاصة لبناء صالة ألعاب البولنج والبلياردو حسب نظام عقود البوت على ان يتسلمها النادي بعد عشر سنوات تدفع خلالها الشركة للنادي ستة ملايين جنيه مع قيام الشركة بتحصيل رسوم عن دخول اللاعبين على أن تمنح أعضاء النادي تخفيض خاصاً وبذات أسلوب عقود البوت أعلن نادي الصيد عن مشروع لإنشاء كراج متعدد الطوابق أسفل سطح النادي وبنفس هذا الأسلوب في التعاقد سايرت باقي النوادي نادي الصيد [(24)].

إن قيام مثل هذه المشاريع بين أفراد القطاع الخاص على أساس عقود البوت يعطي الدعم للرأي الذي يؤكد على كون عقود البوت عقود ذات طابع مدني أو تجاري.

ثالثا: عقد البوت عقد تجاري

لقد وردت مجموعة من التعاريف للعقد التجاري من ابرز هذه التعاريف ان العقد التجاري هو "العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية" وعرف العقد التجاري أيضا بأنه هو "العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو طرفيه معاً التزاماً تجارياً"[(25)] ولمعرفة ما إذا كان عقد البوت عقد تجاري أم لا يجب الرجوع إلى المعايير والنظريات التي تحكم العمل التجاري حيث ظهرت بهذا الخصوص أربع نظريات لتحديد العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني **وهي : -**

1. نظرية المضاربة: - أن هذه النظرية ظهرت على يد الأستاذان الفرنسـيان (Lyan cean & Renault) وتقوم هذه النظرية على أساس تحقيق الربح المادي بالقيام بعمليات الشراء والبيع ولكن هذه النظرية لم تكن كافية لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني حيث توجد بعض الأعمال التي تعتبر مدنية إلا أنها تسعى إلى تحقيق الربح المادي.

([24]) البهجي، عصام أحمد ،مرجع سابق، ص15.

([25]) حجازي، عبد الفتاح بيومي ، مرجع سابق، ص121.

2. نظرية الحرفة: - لقد نادى بهذه النظرية الفقيه الفرنسي Doerge Ripert وتقوم هذه النظرية على أساس المعيار الشخصي للعمل التجاري حيث ان العمل التجاري هو كل عمل يصدر من شخص احترف التجارة، فكل عمل يتعلق بتجارة التاجر يعد عملاً تجارياً.
3. نظرية التداول: - ويقصد بالتداول انتقال السلع من شخص إلى آخر كانتقال السلع من المصنع إلى البائع ثم إلى المستهلك ولكن انتقدت هذه النظرية لوجود بعض الحالات حتى لو انتقلت فيها السلع بالتداول يبقى العمل مدنيا.
4. نظرية المشروع: - تقوم هذه النظرية على عنصرين أولهما احتراف العمل والثاني وجود تنظيم لهذا العمل حتى يعد عمل تجاري.(26)

وبظهور النظرية الحديثة للأعمال التجارية التي تتعارض مع النظريات التقليدية حيث أن النظرية الحديثة لا تحدد أعمال بعينها على أنها أعمال تجارية وإنما النظرية الحديثة للأعمال التجارية تقوم على أساس فكرة استغلال المشروع التجاري كونه يشكل وحده اقتصادية سواء كان موضوع الاستغلال صناعياً أم زراعياً وهذا ما أخذ به المشرع المصري والفرنسي لتميز العمل التجاري عن العمل المدني ولكون عقود البوت B.O.T هي عقود تتعلق بمشاريع ضخمة لذلك فهي عقود تجارية لتعلقها بأهم المشاريع الاقتصادية في الوقت الحاضر وبذلك نرى أن النظريات التقليدية والحديثة في القانون التجاري قد حسمت موضوع عقود البوت بكونها عقود تجارية حيث أن هذه المشروعات تتم على شكل مشروع ينظم عمليات البناء والتشغيل وتظهر المضاربة عند تشغيل المشروع على المعدات حيث يعمل المشروع بشكل منظم لتحقيق الربح وبذلك تكون عقود البوت منسجمة مع النظريات التي وضعت معايير معينة للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وبذلك تعد هذه العقود عقود تجارية.

---

(26) سامي، فوزي محمد (2007)، شرح القانون التجاري، دار الثقافة، الأردن ص38 -ص40.

رابعا: عقد البوت عقد ذو طبيعة خاصة: -

لقد نادى بهذا الاتجاه مجموعة من الفقهاء الذين حاولوا أن يجدوا اتجاه وسط بين الفقهاء الذين ينادون بالطبيعة الإدارية لعقود البوت B.O.T والفقهاء الذين ينادون بالطبيعة المدنية لهذه العقود حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة لأن هذه العقود تشتمل على بعض قواعد القانون الإداري وبعض قواعد القانون المدني أيضاً مكونة مع بعضهما عقود ذات طبيعة خاصة أي أنها تحتوي على نوعين من القواعد هما:

1. نصوص تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين الإدارة العامة كونها أحد أطراف العقد وبين شركة المشروع الخاصة الطرف الثاني في العقد وهذه النصوص لا تهم المنتفعين من المشروع مباشرة وإنما تهدف إلى تحقيق التوازن المالي بين الطرفين، كما تشتمل على بعض النصوص التي تحدد مدة الالتزام ونصوص تتعلق بتنفيذ العقد، وهذه النصوص خاضعة لأحكام القانون المدني فلا يجوز مخالفتها بالنقض أو التعديل إلا باتفاق كلا طرفي العقد[27].

2. نصوص تعود بالفائدة على المنتفعين من المشروع وليس فقط الملتزمين فيه ومن هذه النصوص ما يتعلق بتنظيم المرفق مثل الرسوم التي تفرض على المنتفعين من المرفق وعلى كافة القواعد التنظيمية الأخرى التي تنظم المرفق الذي يقوم على أساس عقود البوت B.O.T[28].

([27]) طالب، جمال حسين (2009). صلاحية الادارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية الاردن، ص 26.

([28]) المرجع نفسه، ص 26.

وبناء على الطبيعة الخاصة التي يقوم عليها عقد البوت فإن هذا العقد قد يدخل في مفهوم كل من العقود الإدارية أو التجارية أو المدنية وذلك حسب اختلاف طبيعة كل عقد عن الآخر واختلاف شروط كل عقد عن الآخر ويمكن أن يختلف تكييفه من مشروع إلى آخر وحسب شروط العقد الذي ينظم هذا المشروع(29).

وتعتبر عقود البوت ذات مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية لأنها تبرم بين جهات من القطاع العام وأخرى من القطاع الخاص للقيام بمشاريع مشتركة عن طريق ما يسمى بشركة المشروع، مما جعل من الضرورة إيجاد قواعد قانونية خاصة تتعلق بالأمور التالية: -

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع.
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج.
- إجراءات تسوية المنازعات ودياً.
- كيفية إعادة المشروع للدولة.
- الرسوم التي يحق لكلا طرفي العقد الحصول عليها من الأفراد.
- التأمينات العينية التي يمكن ان يقدمها كل طرف للآخر.
- مدى جواز الحجز على أموال المشروع.

وعند وضع القواعد التي تنظم هذه الأمور من الصعب وضع تكييف عام يحدد طبيعة هذه العقود وإنما يؤخذ كل عقد على حدا وإعطائه تكييف خاص به.(30) هذا يؤكد القول بأن عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة ويظهر ذلك من خلال الأمور التالية : -

(29) البهجي، عصام أحمد ، مرجع سابق، ص104.

(30) المرجع نفسه، ص385.

1. في هذه العقود لا تظهر الدولة بكونها صاحبة السلطة العامة مما يبعد هذه العقود عن كونها عقود إدارية.
2. عدم توافر نصوص قانونية محددة خاصة بعقود البوت وإنما نصوص متناثرة هنا وهناك في قوانين مختلفة وهذا ما يعطيها طابع خاص بها .
3. عدم تطرق القانون المدني إلى هذا النوع من العقود وهذا ما يبعدها عن القانون المدني[31].

يرى الباحث أن الاتجاه القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة مدنية وانــه مــن عقــود القانون الخاص هو الرأي الأولى بالإتباع وذلك بعد التمعن بالآراء والاتجاهات الأخرى التــي تنادي بكون عقد البوت من العقود الإدارية أو التي تنادي بكونه مــن العقــود ذات الطبيعــة الخاصة وتبين لنا أيضا ان هذا الاتجاه هو الاتجاه الصحيح وذلك من خلال الاعتمــاد علــى مجموعة من الحجج نوردها على النحو التالي:

1. إن المبادئ الأساسية الموجودة في القانون المدني هي الأساس القــانوني لكافــة فــروع القانون الخاص الأخرى.
2. في عقود البوت المبدأ السائد هو العقد شريعة المتعاقدين و مبــدأ ســلطان الإرادة وهــذه المبادئ مرجعها هو القانون المدني وكما إن إبرام هذا العقد يتم وفــق أحكــام القــانون المدني.
3. في عقود البوت تؤكد شركة المشروع عند إبرام العقد على الوسائل والطرق التي يتم من خلالها فض النزاعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد حيث يشترط في العقد بأن يكون فض

---

(31) بدر، أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص386.

النزاع يتم عن طريق التحكيم وهذا ما لا يرد في العقود الإدارية مما يقدم الـــدليل علـــى كون عقود البوت ليست من عقود القانون الإداري.

4. في عقود البوت تتنازل الدولة عن حقها في كونها ذات سلطة عامة عند إبرام العقد وهـــذا يتعارض مع الشروط الرئيسية للعقد الإداري حيث تكون الدولة فيه صاحبة سلطة عامة.

وقد قال بعض فقهاء القانون العام بأن عقد البوت ليس من عقود القانون المدني لأنه لم يرد في نصوص هذا القانون إلا ان هذا القول مردود وذلك لان عقود البوت هي من العقــود غير المسماة أي الغير شائعة الاستعمال مثل عقد البيع والهبة لذلك فإن هذا لا يعني أنها ليست من عقود القانون المدني ولا يخرجها من دائرته[32].

أما القول بأن الدولة لها القدرة على إنهاء عقد البوت بإرادتها المنفردة وهذا دليل على أن هذا العقد من عقود القانون العام فإن هذا القول مردود هو أيضاً وذلك لأن هذا الإنهاء يـــتم عن طريق فسخ العقد المنصوص عليه في القانون المدني وأن الطرف الفاســـخ ســـواء كـــان الدولة أو شركة المشروع تلتزم بدفع تعويض إذ لم يكن السبب الذي قام عليه طلـــب الفـــسخ مبرر ومشروع[33].

([32]) البهجي، عصام أحمد ،مرجع سابق، ص108.

([33]) المرجع نفسه، ص107.

المبحث الثاني:

تمييز عقد البوت عما قد يختلط به من العقود والعقود المثيلة له

هناك عقود قد تختلط في عقد البوت لوجود بعض الشبه بينها وبين هذا العقــد كمــا أن هناك عقود مثيلة لعقد البوت والاختلاف بينها وبين هذا العقد دقيق جداً ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما :-

المطلب الأول: تمييز عقد البوت B.O.T عن ما تعد يختلط به من عقود .

المطلب الثاني : تمييز عقد البوت B.O.T عن العقود المثيلة له .

المطلب الأول

تمييز عقد البوت B.O.T عن ما قد يختلط به من العقود

أولا: تمييز عقد البوت عن عقد التأجير التمويلي

ان عقد التأجير التمويلي من العقود التي ظهرت حديثاً والتي أصبح لها تأثير كبير في المجال الاقتصادي وتعتمد هذه العقود على التعاون بين مجموعة من الأطراف ضــمن إطــار عقد التأجير التمويلي حيث يندرج تحت عقد التأجير التمويلي مجموعة من العقود مثــل عقــد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة بالبيع حيث يبرز في عقد التأجير التمــويلي مجموعــة مــن الخيارات عند نهاية العقد وهي إعادة العقار المستأجر إلى المؤجر أو تجديد اســتئجاره لمــدة جديدة أو شراؤه بثمن قليل[(34)].

ولكي نستطيع التمييز بين عقد البوت B.O.T وعقد التأجير التمويلي يجب التطــرق إلى تعريف عقد التأجير التمويلي حيث أننا سوف نتطرق إلى تعريف الفقــه المعاصــر لــه وتعريف المشرع الأردني لهذا العقد.

([34]) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص129.

عرف الفقيه الفرنسي (calon) عقد التأجير التمويلي بأنه: (وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم المؤسسة المالية بتأجير بعض المهمات أو الآلات لعملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم)[35].

وعرف عقد التأجير التمويلي بأنه:" وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية، والتي تعد من الأنظمة القانونية المركبة".

وعرف أيضاً بأنه:" نظام مركب من بعض القواعد القانونية المستمدة من بعض العقود التقليدية"[36].

وقد عرف المشرع الأردني عقد التأجير التمويلي في المادة (1/3) من قانون التأجير التمويلي بأنه: " العقد الذي يحق للمستأجر بموجبه الانتفاع بالمأجور، مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر على أن يتحمل المستأجر أي مخاطر تتعلق بالمأجور".

يلتقي عقد البوت B.O.T مع عقد الإيجار التمويلي من خلال مجموعة من النقاط:

1. إن عقد البوت وعقد التأجير التمويلي كليهما أدوات لتمويل المشاريع.
2. أما من حيث تملك المشروع من قبل المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد التأجير التمويلي فإن كليهما من الممكن أن يتملك المشروع حيث أن المقاول يتملك المشروع خلال فترة العقد أما المستأجر فله الخيار إما تملك العين المؤجرة وإما أن يعيدها إلى المؤجر عند انتهاء العقد.
3. إن إدارة المشروع تقع على المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد الإيجار التمويلي مع بعض الرقابة على المقاول من قبل الإدارة.

([35]) الخصاونة، صقر أحمد، (2005).عنصر التأجير التمويلي، دار وائل للنشر، الأردن، ص24.
([36])المرجع نفسه، ص24 -25.

4. إن استثمار المشروع يعود بالنفع لمصلحة المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد الإيجار التمويلي حيث يقوم المقاول باستغلال المشروع خلال فترة معينة كفيلة بتحقيق ربح من المشروع وكذلك المستأجر في عقد التأجير التمويلي يقوم بتحقيق ربح من خلال العين المؤجرة[37].

5. إن عقد التأجير التمويلي له مزايا تعود على الاقتصاد القومي فمن مزايا التأجير التمويلي دعم التنمية الاقتصادية من خلال توفير التمويل الكامل للمشاريع ومن هذه الميزات أيضاً دعم المشروعات الجديدة وهذا ما يتطابق مع مزايا عقود البوت[38].

ويختلف عقد البوت B.O.T عن عقد التأجير التمويلي فيما يلي:

1. إن عقد التأجير التمويلي يتكون من مجموعة من العقود وعند ترابط هذه العقود يتكون عقد التأجير التمويلي وأهم هذه العقود عقد الإيجار وعقد البيع وعلى العكس من ذلك فإن عقد البوت لا يعتمد في تكوينه على مجموعة من العقود.

2. في عقد التأجير التمويلي إن خيار تمليك المشروع للمستأجر مطروح عند انتهاء مدة العقد وقد يقع التمليك على المعدات والعقارات او العقارات فقط أما في عقد البوت فإن تمليك المشروع مطروح أمام شركة المشروع أثناء تشغيل المشروع ويبقى التمليك دائم إلى حين الانتهاء من المشروع وبعد الانتهاء من المشروع ترد ملكية المشروع إلى الجهة المانحة[39].

3. في أغلب عقود البوت تكون الجهة المانحة للمشروع هي الدولة متمثلة بإدارتها وأغلب هذه المشاريع تتعلق بالمرافق العامة على العكس من ذلك تكون الجهة المانحة

([37]) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص129.

([38]) ناصف،حسام الدين فتحي (2003) التأجير التمويلي الدولي المنقول، دار النهضة العربية،مصر،ص16.

([39]) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص130.

للمشروع في عقد التأجير التمويلي هي القطاع الخاص وتكون لمنفعة القطاع الخاص مع العلم أن هذا ليس أمرا حتمياً فمن الممكن ان يبرم عقد التأجير التمويلي بين الإدارة وأحد أطراف القطاع الخاص وكذلك من الممكن أن يتم إبرام عقد البوت بين أطراف القطاع الخاص وهذا ما ظهر واضحاً في ما قامت به قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة عندما طرحت مشروع لإقامة محطة مياه بنظام عقد البوت[40].

ثانيا: التمييز بين عقد البوت B.O.T وعقد الخصخصة:

قبل الخوض في التمييز بين عقد البوت وعقد الخصخصة يجب أن نتطرق إلى تعريف الخصخصة لكي يكون من السهولة التفريق بين هذين العقدين:

الخصخصة بالمعنى الضيق:" تحويل ملكية المؤسسات الاقتصادية المملوكة للدولة والمنتجة للسلع والخدمات المملوكة من قبل الدولة إلى ملكية خاصة وقد يكون هذا التحويل كلياً وقد يكون جزئياً". الخصخصة بالمعنى الواسع:" العملية التي يتم بموجبها حلول القطاع الخاص محل القطاع العام خاصة في النشاطات الاقتصادية المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات"[41].

وعرفت الخصخصة: "هي تحويل عدد كبير من القطاعات الاقتصادية والخدمات الاجتماعية التي لا ترتبط بالسياسة العليا للدولة إلى القطاع الخاص"[42].

([40]) البهجي، عصام أحمد،مرجع سابق، ص15.

([41]) الحاجي، محمد عمر (2007). الخصخصة ما لها وما عليها، دار المكتبي، ص15.

([42]) الناشف، انطوان (2000). الخصخصة، منشورات الحلبي، بيروت، ص9.

وقد عرف الدكتور ناصيف عقد الخصخصة بأنه: "عقد إداري تبرمه الإدارة كطـرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثاني وبمقتضى هذا العقد يتـصرف الطـرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً"[43].

إن المعنى المقصود لكلمة الخصخصة هنا هو المعنى الضيق وليس الواسع مع العلم أن هناك أشكال أخرى للخصخصة وأن بعض العقود المشتقة من عقد البوت هي عقود قريبة من الخصخصة ولكي نتمكن من التمييز بين عقد البوت وعقد الخصخصة سوف نذكر أوجه الشبه والاختلاف بين كلا العقدين:

أوجه الشبه:

1. إن عقد البوت وعقد الخصخصة ترتبطان بمشاريع عامة تابعة للدولة أي أن كلا العقـدين يتعلقان بأملاك تابعة للدولة.
2. في عقد البوت وعقد الخصخصة يتم تمليـك المـشروع التـابع للدولـة إلـى شـركة المشروع[44].
3. في عقود الخصخصة قد تتم خصخصة الإدارة أي من الممكن أن تبقى ملكية المـشروع للدولة ولكن إدارة المشروع تنتقل إلى القطاع الخاص بينما في عقد البوت تنتقـل ملكيـة المشروع وإدارته إلى درجة الاستغلال خلال فترة محددة في العقد[45].
4. إن عقد البوت وعقد الخصخصة يرفد اقتصاد البلدان ويعزز ميزانيات الـدول حيـث أن عقود البوت تجلب مشاريع عملاقة وذات أثر تنموي على البلاد دون أن تكلف ميزانيات

([43]) ناصيف، الياس ،.مرجع سابق، ص130.

([44]) ناصيف الياس ،.مرجع سابق، ص131.

([45]) الحاجي، محمد عمر ، مرجع سابق، ص16.

الدول أي مبلغ من المال وكذلك الخصخصة فإن خصخصة المشاريع التابعة للدولة ترفد ميزانيات الدول بمبالغ كبيرة جداً.

5. إن العجز الذي تعاني منه الدولة بسبب دعم القطاع الحكومي المتعثر أجبر الدول للبحث عن سبل لتخفيف العجز فظهرت التخاصية كأحد أدوات استقرار السياسة الاقتصادية وكذلك عقد البوت ظهر لتوفير البنى التحتية والمشاريع الضرورية التي تواجه الدولة صعوبة بإنشائها[46].

أما الاختلافات بين عقد البوت وعقد الخصخصة هي:

1. يظهر وجه الاختلاف في أن عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع العائد للدولة مباشرة بمجرد إبرام عقد الخصخصة إلى الشركة أو المستثمر ويكون انتقال الملكية إلى المستثمر أو الشركة نهائياً وليس لفترة محددة وكذلك لا يحق للدولة الإشراف على المشروع ومراقبته وعلى العكس من ذلك فإن عقد البوت تنتقل ملكية المشروع للمستثمر ولكن الانتقال يكون لفترة محددة وكذلك يبقى حق الدولة في الإشراف والرقابة ثابت ودائم على المشروع.
2. في كل من عقد البوت وعقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع ولكن في عقد البوت انتقال الملكية يكون لفترة محددة في العقد على العكس من ذلك في الخصخصة حيث ان انتقال الملكية يكون بشكل دائم وبمجرد توقيع الاتفاق على عقد الخصخصة ودخوله حيز التنفيذ[47].

([46]) الزعبي ومنصور (2002). الاستخدامات المثلى لعوائد الإنتاجية في الأردن، ورشة عمل، المنبر الأردني للتنمية الاقتصادية، ص22.

([47]) ناصيف، الياس ، مرجع سابق، ص131.

3. إن الدولة تستفيد من عقود البوت حيث أنها تساعد على قيام مجموعة من المشاريع المهمة في البلاد دون أن تتكلف ميزانياتها بمبالغ ويُعد إرجاع المشروع إلى الدولة بمثابة التأميم وعلى العكس من ذلك في الخصخصة فإن الدولة تفقد المشاريع الحيوية في البلاد ولا يكون لها أي نوع من الصلاحيات عليها في المستقبل.

ومن أهم المشاريع التي تم شمولها بالخصخصة في المملكة الأردنية الهاشمية هي:

1. شركة مصانع الإسمنت الأردنية. 2. المؤسسة الأردنية للاستثمار.

3. النقل العام. 4. سلطة المياه.

5. الملكية الأردنية. 6. شركة الأسواق الحرة للمطارات[48].

التميز بين عقد البوت B.O.T وعقد الأشغال العامة :

قبل الدخول في التمييز بين عقد البوت B.O.T وعقد الأشغال العامة سوف نتطرق إلى تعريف عقد الأشغال العامة لنكون على معرفه ودراية بماهية هذا العقد لكي نتمكن من المقارنة بينه وبين عقد البوت B.O.T .

تعريف عقد الأشغال العامة :

عرف دي لو بادير عقد الأشغال العامة بأنه: (عقد تبرمه الإدارة ويخضع لنظام القانون العام للقيام بأداء أشغال عامه في عقد لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام).

وقالت محكمة النقض المصرية : -

([48]) الزعبي ومنصور، مرجع سابق ص24.

(ان عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين أشخاص القانون العام وفـرد أو شـركة بمقتضاه بتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هـذا الشخص المعنوي العام تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن محدد في العقد) [49]

من خلال هذا التعريف لعقد الأشغال العامة يمكنني القول ان عقد الأشغال العامة وعقد البوت يتشابهان في كون كلاهما في الأغلب يتم تنفيذه لمصلحة الدولة مقابل الحصول على البـدل المادي للعقد ، أما أوجه الاختلاف بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة تكمن في ان عقد الأشغال العامة تقوم بموجبه شركة المشروع بإنشاء المشروع ثم تسلمه للدولة على العكس من ذلـك فـي عقود البوتB.O.T تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع ثم تقوم باستغلاله فترة من الزمن تحدد في العقد . حيث ان شركة المشروع في عقد الإشغال العامة تكون مهمتها إتمام المشروع وتسليمه إلى الدولة مباشرة أي لا تقوم باستغلاله من خلال الجمهور ومن الأمثلة المهمة على مشاريع عقد الإشغال العامة إقامة الجسور والسدود والمستشفيات أما في عقد البوت فأن شركة المشروع تقـوم باستغلال المشروع بعد انجازه من خلال الجمهور خلال فترة طويلة من الزمن تحدد في العقد.[50]

المطلب الثاني

تمييز عقد البوتB.O.T عن العقود المثيلة له

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) هو العقد الأكثر شيوعاً في التعاقدات بين الدول لكن الواقع العملي أظهر مجموعة من العقود المثيله له حيث صنفت هذه العقود على أساس الحقوق التي يمنحها كل عقد منها إلى شركة المشروع ولذلك سوف نقوم بإيراد بعض هذه العقود[51]:

([49]) الجمل، هارون عبد العزيز (1979). النظام القانوني للمزادات في عقد الأشغال العامة، القاهرة، ص30-31 .

([50]) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص128 .

([51]) الحبشي، مصطفى عبد المحسن ، ص15.

- عقد الإنشاء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية. (B.OOT)، عقـد الإنـشاء والتمليـك والتشغيل. (B.OO) ، عقد الإنشاء والتمليك والتشغيل والدعم. (B.O.O.S.T) ، عقد الإنشاء والتأجير ونقل الملكيـة. (B.L.T) ، عقـد التـأجير والتـدريب والتمويـل. (B.F.T) ، عقد البناء والتمويل والتحويـل. (B.F.O) ، عقـد التجديـد والتمليـك والأشغال. (R.O.O)

يرى الدكتور عبد الفتاح حجازي أن عقد البوت مستقل عن هذه العقود وليس دليلاً عليهـا [52].

1. عقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية Boot و هذا المصطلح هو اختصار إلى :

(Build – own – operate – Transfer)

إن هذه العقود صممت على أن تقوم شركة المشروع بتشييد المشروع ومن ثم تتملكـه خلال فترة العقد وبعد ذلك تقوم الشركة باستغلاله استغلالاً كاملاً و في النهايـة تقـوم بنقـل ملكيته إلى الجهة المتعاقد معها وقد وردت بعض التحفظات في هذه العقود على طبيعة التملك حيث ظهر اتجاه اعتبر التملك من قبل شركة المشروع يكون على المعدات والآلات والأدوات فقط أي أن التملك غير مطلق وقد أطلق على هذا النوع من العقود عقد تسليم المفتاح[53].

2. عقود البناء والتملك والتشغيل Boo وهذا المصطلح هو اختصار الى :

(Build – own – operate)

إن هذا النوع من العقود يقوم على تشيد المشروع من قبل شركة المشروع ومـن ثـم تملكه من قبلها وبعد ذلك تقوم الشركة بتشغيله فترة من الزمن وبعد انتهاء هذه الفتـرة يكـون

([52]) حجازي، عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص45 -47.

([53]) حجازي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص54 -55.

لشركة المشروع الحق بالتصرف فيه وإن أغلب هذه العقود عند انتهاء فترة المشروع تأخذ الدولة نسبة من ربح المشروع فإذا لم ينتهي العمر الافتراضي للمشروع وكان ذا أهمية فإن الدولة تقوم بتعويض شركة المشروع وتتملكه[54].

ومن الممكن تجديد الامتياز أيضاً لشركة المشروع من قبل الدولة، كما يحق للدولة أن تتعاقد مع شركة جديدة تدير المشروع بعد انتهاء العقد مع الشركة السابقة وتملكه من قبل الدولة بعد دفع تعويض لشركة المشروع[55].

3. عقود البناء والإيجار ونقل الملكية (B.L.T) وإن هذا المصطلح هو اختصار إلى :

(Build – Lease – Transfer)

وفي هذا النوع من العقود تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع ومن ثم إدارته وتشغيله طول فترة العقد مع دفع مبلغ شهري أو سنوي كبدل إيجار للدولة خلال فترة العقد مع حرية شركة المشروع في استغلال المشروع وإدارته وفي نهاية العقد تقوم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الدولة[56].

4. عقود التجديد والتملك والتشغيل (R.O.O) وإن هذه الأحرف هي اختصار للكلمات التالية:

(Rehabilitate – own – operate)

إن هذا النوع من العقود تقوم الدولة بإبرامه مع شركة المشروع حيث تقوم شركة المشروع بتحديث المشروع بحسب الحاجة إلى التحديث حيث يقع التحديث عادة على الآلات والمعدات والمباني والأجهزة التقنية والتكنولوجية فيه وبعد تجديد هذا المرفق وتحديثه تقوم

([54]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص22 -23.

([55]) بدر، أحمد سلامة، مرجع سابق، ص358.

([56]) طالب، جمال حسين، مرجع سابق، ص29.

شركة المشروع بدفع مبلغ إلى الدولة متفق عليه لكي تتملك المشروع وبعد تملــك المــشروع يكون لشركة المشروع الحرية في التصرف فيه وإن هذا العقد هو أقرب إلى الخصخصة منه إلى العقود الأخرى(57).

وتظهر أهمية هذا النوع من العقود في المشاريع المتعثرة التي تعجز إيراداتهــا علــى تحديثها وتجديدها، وفي جميع الأحوال تحرص الدول عند عقد مثل هذه العقود علــى وضــع الضوابط اللازمة لحماية الاقتصاد القومي والمستهلكين والعاملين في المشروع سواء بــصفة مطلقة أو لفترة محددة(58).

5.عقود التصميم – البناء – التمويل – التشغيل (D.B.F.O) وهذه الأحرف هــي اختــصار للكلمات الانجليزية التالية:

(Design – Bulid – Finance – Operate)

يبرز هذا النوع من العقود في المشاريع التي تحتاج إلى تصاميم سابقة لإقامــة هــذه المشاريع مثل الجسور حيث تقوم الدولة بوضع هذه التصاميم على نفقــة شــركة المــشروع وبالمقابل تمنح شركة المشروع الحق في الاقتراض من البنوك بضمان المشروع الذي قامــت الدولة بمنح أرضه للشركة وتستحق الدولة قيمة الأرض التي منحتها للمستثمر مع نسبة مــن الأرباح بعد انتهاء مدة العقد ويحصل المستثمر على ملكية المشروع(59).

وفي الأغلب تلجأ الدولة بمساعدة المستثمر من خلال جذب رؤوس الأموال من أجــل تمويل المشروع وغالباً ما تكون هذه التمويلات من خلال بنوك من داخل الدولة أو خارجهــا

---

(57) الحمود، وضاح رشيد،مرجع سابق، ص75 -76.

(58) حسبو، عمر أحمد،(2007) المنظور الحديث لعقود إلزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت B.O.T، دار النهضةالعربية، القاهرة، ص107.

(59) الحمود، وضاح محمود،مرجع سابق، ص72.

وفي الأغلب أيضاً لا تلجأ الدولة إلى مثل هذه العقود إلا في المشاريع العملاقة التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة تعجز الميزانية في الدولة عن القيام بها[60].

6.عقود التحديث والتمليك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T) وهذه الأحرف هـي اختـصار للكلمات التالية في اللغة الإنجليزية:

Modernize – own – operate – transfer

يقوم هذا العقد على اتفاق الدولة مع المستثمر على تطوير المـشروع الـذي يكـون موجود في الأصل أي أن هذا العقد يبرم لتطوير وتحديث مشروع موجود في الأصـل ويـتم التطوير من خلال تحديثه تكنولوجياً مقابل أن يتملكه المستثمر خلال فترة العقد ومن ثم يعيـده إلى الدولة بكامل التطور الذي أضيف للمشروع[61].

مع العلم أن عقود الـ MOOT تتفق مع عقد BOOT مع اختلاف مبنـي علـى أن عقد الـ BOOT يقوم على مشروع جديد أما عقود MOOT تقوم على مشروعات موجودة وقائمة، فالحكومة تلجأ إلى عقود (MOOT) في المشاريع التي تحتاج إلى تكنولوجيا حديثـة لتطوير المشرع وفي الأغلب ان هذه التكنولوجيا تحتاج الى إمكانيات مالية ضخمة لا تستطيع ميزانيات الدول النامية تحملها[62].

8.عقود البناء والتمويل (BFT) وهذه الأحرف هي اختصار للكلمات التالية:

(Build – Finance – Transfer)

---

(60) البهجي، عصام أحمد،مرجع سابق، ص22.

(61) بدر، أحمد سلامة،مرجع سابق ص360.

(62) حجازي،عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص64.

ويقوم هذا العقد على أساس قيام شركة المشروع بتمويل المشروع العائد إلى الدولــة وبعد الانتهاء من التمويل تقوم الدولة بسداد المبالغ التي قامت شركة المشروع بــدفعها علـــى أقساط(63).

9.عقود التأجير والتدريب والتمويل (L.T.T) وهذه الأحرف هي اختصار للكلمات التالية : -

(Lease – Finance – Transfer) يقوم هذا النوع من العقود على أساس قيام شركة المشروع على تمويل المشروع وعلى تدريب الكادر العمالي لدى المشروع على إدارة المشروع ورفع كفاءتهم في العمل ثم تقوم شركة المشروع بتأجير المشروع إلى الدولة لمدة معينة وبعد ذلك تنقل ملكية المشروع إلى شركة المشروع(64).

10.عقد الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية (L.B.T) وهذه الأحــرف هــي اختــصار للكلمات التالية:

(Lease – Renwal – operate – transfer) وتعود آلية هذا النوع من العقود إلى قيام شركة المشروع باستئجار المشروع الذي يكون قائم في الأصل والعائد للدولة وتقوم الشركة بتجديده وتحديثه ومن ثم تقوم الشركة بتشغيله واستغلاله مدة متفق عليها في العقد القائم وبعد ذلك تقوم الشركة بإعادة المشروع إلى الدولة دون أي مقابل مصحوب بما جرى عليه من تحديث(65).

عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O) وهذه الأحرف اختصار للكلمات التالية:

(Buld – Transfer – operate) ويقوم هذا النوع من العقود على أساس بناء المشروع من قبل الدولة حيث تقوم الدولة بتمويله وإنشاءه ثم تكلف القطاع الخاص بتشغيله من خلال

---

(63) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص25.

(64) المرجع نفسه، ص25 -26.

(65) الحبشي، مصطفى عبد المحسن، مرجع سابق، ص16.

شركته ومن أهم المشاريع التي تقام على هذا المنوال هي الفنادق والمشاريع السياحية[66].ويرى الباحث أن هذه الأنواع من العقود لا تعد جزء من عقود البوت Bot وإنما هذه العقود هي عقود مستقلة بحد ذاتها لكل عقد مجموعة من الالتزامات والحقوق ولكل عقد مجموعة من الحريات الممنوحة لشركة المشروع في ثناياه وهذه الحريات تختلف عن كل نوع من هذه العقود حيث أن الصلاحيات الممنوحة لشركة المشروع في عقد الإنشاء والتشغيل والتحويل Bot تختلف عن عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O) وكذلك هذين النوعين من العقود يختلف كل نوع منهما عن غيره من العقود الشبيهة أيضاً.وما هذا التنوع في العقود والتعدد فيها إلا زيادة في الفائدة والمصلحة للدولة لشركة المشروع لأن التنوع في هذه العقود يجنب الدولة كثير من الشروط عند توقيع العقود حيث أن هذا التنوع من العقود ينسجم مع متطلبات الدولة لكل مشروع على حدة وكذلك يجنب الدولة الكثير من المنازعات بينها وبين شركة المشروع حيث ان لكل عقد شروط ونطاق خاص به ويكون على درجة من الوضوح.

وتبرز نقطة الاختلاف الرئيسية بين هذه العقود في أن كل عقد من هذه العقود يختص بمشروع يختلف عن الآخر حيث ان بعضها يقوم على الإيجار والآخر يقوم على الإدارة وغيره على البناء والإيجار والإدارة معاً.

([66]) نصار، جابر جاد، مرجع سابق، ص48.

الفصل الثالث

آثار عقد البوت (B.O.T)

إن عقد البوت يعد من العقود التي تمر بمراحل عدة خلال فترة من الزمن تبــدأ مــن التفاوض على إنشاء العقد، وتنتهي بتسليم المشروع إلى الدولة، وخلال هذه المراحــل تبــرز مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تقع على طرفي العقد: الدولة فــي الأغلــب، وشــركة المشروع، وعند إبرام العقد والبدء بتنفيذه تظهر أهمية الشروط والاتفاقيات المبرمة والمتفــق عليها مسبقاً في طيات عقد البوت (B.O.T)، فمن التزامات شركة المشروع: مباشرة العمــل بالمشروع بالسرعة الممكنة، وتزويد المشروع بالتكنولوجيا الحديثة، ومتابعة العمل بالمشروع، واستغلاله من خلال الإدارة والالتزام بإعادة المشروع إلى الدولة، ومن الالتزامات المترتبــة على الدولة عدم المغالاة في تعقيد الإجراءات الإدارية والقانونية على الجهة القائمة بالمشروع و أن يكون حسن النية معيار تعامل الدولة مع الشركة [67].

ونظراً لأن عقد البوت يهدف أساساً إلى إنجاز مشاريع ضخمة لدفع عجلــة التنميــة الاقتصادية والاجتماعية فإنه من الطبيعي أن يحتاج تنفيذه إلى إبرام العديد مــن العقــود ممــا يؤدي إلى تعدد الأطراف التابعين للعقد الأساسي وإن لم يكونوا طرفاً في إبرامه، حيث يتصدر هذا العقد الأطراف الأصليون وهم الحكومة كطرف أول والمستثمر كطرف ثاني والذي غالباً ما يتجسد في عقد البوت بشكل شركة أو اتحاد شركات. أما الأطراف التــابعون للعقــد وهــم المقاول الأصلي والمقاول من الباطن والخبراء والممولــون والمؤمنــون وغيــرهم وهــؤلاء الأطراف يدخلون في عقود تبرم على وجه الاستقلال مع المستثمر مباشرة ولا يرتبطون بــأي علاقة تعاقدية مع الدولة، وبالتالي تكون العلاقة بين الأطراف التابعون والمستثمر علاقة عقدية

([67]) أبو يونس، محمد باهي (1996). أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ص45.

تخضع لقواعد القانون الخاص حتى وإن كان السبب الجوهري لهذه التعاقدات المركبة والمتشابكة هو تنفيذ عقد البوت لأن الدولة لا تدخل طرفاً في تلك التعاقدات وبالتالي تخرج هذه العقود بحكم طبيعتها من ولاية القانون العام.

ومن البديهي أن يكون الطرف الرئيسي في هذا العقد هو الدولة، ممثلة بالحكومة أو إحدى وزاراتها أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، والتي غالباً ما تكون صاحبة فكرة المشروع خصوصاً في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والتسليم، سواء تعلق الأمر بإنشاء واستغلال مرفق من المرافق العامة أو بمشروع من مشاريع البنية الأساسية، وذلك من خلال دور الدولة في تلمس أوجه النقص والقصور في حاجات المجتمع بالإضافة إلى ما تمليه عليها الضرورات الاقتصادية والاجتماعية لدفع عجلة التنمية بما يحقق الرخاء الاقتصادي، حيث تنظم الدولة مثلاً مدى حاجة المجتمع لوجود مرفق ما لإشباع حاجة عامة للجمهور وحتى تضمن إنشائه واستغلاله بما يحقق المصلحة العامة فإنها تقوم بتذليل كافة الصعوبات من أجل توفير المناخ المناسب لنجاح المشروع بتأسيس قاعدة سياسية مستقرة وقوانين واضحة ومنظمة لتشجيع القطاع الخاص للإسهام في إنشاء مشاريع البنية الأساسية والمرافق الحيوية. وهذا ما يؤكده قانون التخاصية الأردني في نص المادة الثالثة فقرة (ب) عندما اعتبر المشرع أنه من سياسات الدولة الاقتصادية (الإسهام في تشجيع الاستثمارات المحلية والعربية والدولية بتوفير مناخ استثماري جاذب لها) [68]، وكذلك ما نصت عليه المادة الخامسة فقرة (ب) من قانون ترويج الاستثمار الأردني المؤقت رقم (67) لسنة 2003 حيث دعت إلى ضرورة وضع

---

[68] انظر قانون التخاصية الأردني رقم (25) لسنة 2000 المنشور على الصفحة 2652 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4443 بتاريخ 2000/7/2.

الخطط والبرامج لترويج لاستثمارات المحلية والأجنبية وتنفيذ هذه الخطط والبـــرامج داخـــل المملكة وخارجها(69).

ويعتبر صاحب المشروع الطرف الرئيسي الثاني في عقد البوت وغالبـــاً مـــا يكـــون صاحب المشروع سواء كان وطنياً أو أجنبياً ممثلاً بشركة يطلق عليها (شركة المشروع) وهي التي تقوم بعبء إنشاء المشروع وتنفيذه لاستغلاله طيلة مدة التعاقد، ولابد أن تتمتـــع شـــركة المشروع بالإمكانية المالية والخبرة والدراية الكبيرة التي تؤهلها لخوض غمار مشروع ضخم مثل مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية. وهذا ما يدفع بشركة المشروع في أحيان كثيرة إلى الدخول في اتفاقات شراكة أو اتحاد مع شركات أخرى وهو ما يطلق عليـــه (Consortium) (70) وذلك لمواجهة تكاليف وأعباء المشاريع الضخمة خصوصاً مـــشاريع البنيـــة الأساســـية كالجسور والأنفاق والمطارات..الخ بالإضافة إلى توزيع مخاطر الإقـــدام علـــى مثـــل تلـــك المشاريع بين الشركات المتحدة، ويضم الكونسرتيوم مقاولي التشييد وموردي المـــواد الخـــام والآلات وكذلك متعهدي تشغيل وصيانة المشروع، كما يضم أيضاً مـــستثمرين محليـــين ذوي خبرة طويلة في العمل المحلي وكيفية التعامل مع الجهة الإدارية المتعاقدة وهذا بالطبع عنـــدما تكون شركة المشروع شركة أجنبية. ومن الممكن أن ينظم لهذا الاتحاد المؤسسات التمويليـــة. وما ذكرناه آنفاً ما هو إلا على سبيل المثال وليس الحصر لأن شركة المـــشروع بإمكانهـــا أن تضيف إلى ذلك ما هو معمول به في بلد المشروع(71). وأخيراً تخضع شركة المـــشروع فـــي

---

(69) انظر: قانون ترويج الاستثمار الأردني المؤقت رقم (67) لسنة (2003) المنشور على الصفحة (3230) من عـــدد الجريدة الرسمية رقم (4606) بتاريخ 2003/6/16، والذي قام بإلغاء (قانون تشجيع الاستثمار الأردنـــي) رقـــم (16) لسنة 1995م وحل محله.

(70) انظر: الفاروقي، حارث سليمان (2006). المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ص158.

(71) سلامة، أحمد رشاد (2003). عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في العلاقات الدوليـــة، دار النهـــضة العربية، القاهرة، ص80 وما بعدها.

تأسيسها وتسجيلها إلى قانون الشركات في بلد تنفيذ المشروع، فإذا نفذ المشروع في الأردن فإن الشركة تخضع في تأسيسها وتسجيلها لقانون الشركات الأردني[72].

ويترتب على إبرام العقد بين الإدارة والمتعاقد معها حقوقاً والتزامات متقابلة تقع على عاتق أطرافه تختلف في نوعها ومداها عن الحقوق والالتزامات التي ترتبها عادة عقود القانون الخاص. حيث يتميز عقد البوت بوجه خاص بامتداد آثاره إلى الغير[73]، وإن لم يكن طرفاً في العقد ويحصل ذلك بصورة غير مباشرة، فيرتب لهم حقاً ويحملهم بالتزام، وما يعنينا من هؤلاء الغير التي أجبرتنا مقتضيات هذه الدراسة أن نشير إليهم بعجالة هم المنتفعين من خدمات المرفق العام الذين من أجلهم أقدمت الدولة على إبرام عقد إنشائه واستغلاله، بحيث يكون لهم حق الانتفاع في خدماته مقابل رسم معين أو بدون مقابل بحسب ما هو منصوص عليه في العقد بشرط أن يمتثلوا للقوانين والأنظمة الخاصة بتنظيم المرفق وكيفية ممارستهم لحقهم في الانتفاع[74]. وترد مجموعة من الحقوق لشركة المشروع في عقود البوت (B.O.T) ومن أبرز هذه الحقوق: حق شركة المشروع في الحصول على المردود المالي خلال فترة العقد المترتب من خلال الرسوم، وكذلك المحافظة على مصالحها والمتمثلة في منع الضرر.

([72]) انظر قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997) وتعديلاته:

- عدل بموجب القانون المؤقت رقم (4) لسنة 2002 والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4532 بتاريخ 2002/3/17.
- كما عدل بموجب القانون المؤقت رقم (40) لسنة 2002 والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4556 بتاريخ 2002/7/16.
- وعدل أيضاً بموجب القانون المؤقت رقم (74) لسنة 2002 والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4577 بتاريخ 2002/12/23.
- وأخيراً عدل بموجب القانون المعدل المؤقت رقم (17) لسنة 2003.

([73]) علي، إبراهيم محمد (2003). آثار العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص3 وما بعدها.

([74]) نصار، جمال الدين (2000). تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ص129.

ومن الحقوق التي تترتب للجهة المانحة أي الدولة هي حق الدولة في الرقابة على المشروع، وحقها في استرداد المشروع بعد انتفاع الشركة منه.

وإن جميع هذه الحقوق والالتزامات تبُاشر إثر إبرام عقد البوت (B.O.T) وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: حقوق والتزامات الجهة القائمة بالمشروع.

المبحث الثاني: حقوق والتزامات الجهة المستفيدة من المشروع.

المبحث الأول

الحقوق والالتزامات الجهة القائمة المشروع

إن الجهة التي تقوم بتنفيذ مشاريع عقد البوت تمارس هذا النشاط من خلال شركة، وان هذه الشركة لها مجموعة من الحقوق وعليها مجموعة من الالتزامات، وهذه الحقوق والالتزامات منها ما يستمد من المبادئ العامة في العقود الإدارية، ومنها ما يجد أساسه في نصوص قانونية خاصة، وقد ترد مجموعة من الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في قانون الاستثمار المؤقت الأردني[75] رقم (68) لسنة 2003، ولذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حقوق الشركة القائمة بالمشروع.

المطلب الثاني: التزامات الشركة القائمة بالمشروع.

([75]) آغا، عماد فايز (2002). الاستثمار الأجنبي في الأردن،رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص14 وما بعدها..

المطلب الأول

حقوق الشركة القائمة بالمشروع

يمكن حصر حقوق الشركة القائمة بالمشروع بما يلي:

أولاً: الحق في الحصول على المقابل المالي من المشروع:

لا شك عند قيام شركة المشروع بالتعاقد مع الدولة، من خلال قيامها ببناء المشروع وتحديثه بالتكنولوجيا، وشراء المعدات وكافة اللوازم لتشغيل المشروع واستغلاله تجارياً،فإن جميع هذه الأعمال تقوم بها شركة المشروع لسبب واحد وهو الحصول على مقابل، وهذا المقابل هو الثمن أو الرسم وذلك حسب نوع العقد(76).

وفي الأغلب لا تدفع الدولة هذا المقابل إلا بعد تقييم الأداء مِن قِبل المتعاقد معها إلا انه في بعض العقود تقوم الإدارة بدفع المقابل أو جزء منه مقدما أو خلال فترة العقد(77).

ويتم الحصول على المقابل من خلال استغلال هذه المشاريع ويتم الاستغلال من خلال طريقتين: -

1- من خلال استيفاء الثمن من الدولة: و هذا ما يظهر في عقد الأشغال العامة أو التوريد.

2- من خلال فرض رسوم على كل المنتفعين (الجمهور) و هذا ما يظهر في عقود البوت (B.O.T) (78).

---

(76) الحلو، ماجد راغب (1971). أعمال وامتيازات السلطة الإدارية، مؤسسة شباب الجامعة، محاضرات منشورة، ص76.

(77) بسيوني، عبد الله عبد الغني (1988). القانون الإداري الضبط الإداري، المرافق العامة، الأموال العامة القرارات الإدارية، العقود الإدارية، القاهرة، ص45.

(78) بدر، أحمد سلامة ، مرجع سابق، ص212.

إن الرسم هو المبلغ الذي تحصل عليه شركة المشروع من الجمهور نتيجة استخدامهم المرفق ويحدد سعر الرسم مسبقاً أثناء التعاقد في عقد البوت وإن أي تعديل على سعر هذا الرسم قد يؤدي إلى خسارة شركة المشروع وقد ظهرت مجموعة من الآراء حول إمكانية تعديل المقابل المالي المتمثل في الرسم بعقود البوت (B.O.T).

وسوف نقوم بذكر مجموعة من الآراء حول إمكانية تعديل الرسم في عقود البوت: -

1- الاتجاه الأول: يحق للدولة تعديل الرسم بإرادتها المنفردة:

إن حجة هذا الاتجاه في ان الشروط المتعلقة بالرسم تعد من الشروط اللائحية التي تستطيع الدولة تعديلها وفقاً لمصلحتها دون العودة إلى شركة المشروع، حيث اعتَبر هذا الاتجاه أن الشروط المتعلقة بالرسم لا تعد من الشروط التعاقدية التي لا يحق للدولة تعديلها أو التعديل عليها وفقاً لإرادتها المنفردة إلا بموافقة الطرف الآخر – أي شركة المشروع –[79].

مع العلم أنه في حال قام المشرع بتحديد سعر الخدمة (أي الرسم) كما لو قام المشروع بتحديد سعر الواط الكهربائية فلا يحق لشركة المشروع أو الإدارة الاتفاق على خلاف ذلك في عقود البوت (B.O.T)[80].

2- الاتجاه الثاني: لا يحق للدولة تعديل الرسوم:

ويبنى هذا الرأي على أساس أن الرسم يعد من الشروط التعاقدية التي لا يجوز التحلل منها أو التعديل عليها إلا بموافقة طرفي العقد، ولذلك لا يحق للدولة تعديل الرسم في مشاريع عقود البوت (B.O.T) وذلك لأن في هذا النوع من العقود تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وصيانته وإدارته وتحديثه ومن ثم يجب ان يكون الرسم المتأتي من المشروع مسدداً

([79]) حسين، محمد بكر (2006). الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص353.

([80]) بدر، أحمد سلامة، مرجع سابق، ص217.

لما قدمته الشركة من تكاليف البناء والتشغيل التي تمت أثناء فترة سريان العقد ولـــذلك تلجـــأ بعض الدول إذا رأت أن الرسم لا يتناسب مع قدرة المنتفعين من المشروع بشراء الخدمة ومن الشركة ومن ثم تقوم بتخفيض الرسم المفروض على الجمهور وهذا مـــا قامـــت بـــه الدولـــة المصرية في محطة كهرباء سيدي كرير[81].

وهذا هو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولـــة فـــي مصر حيث أكدت على أن العقد شريعة المتعاقدين أي أن قواعد العقد تحـــل مكـــان القـــانون بالنسبة لطرفي العقد و إن العقود الإدارية كالعقود المدنية تنفذ وفقاً للاتفاق المبـــرم. وبمـــا أن هذه القواعد تسري على العقود المدنية والعقود الإدارية فإنه من الأولى أن تسري أيضاً علـــى عقود البوت (B.O.T)[82].

3- الاتجاه الثالث: يحق للدولة تعديل الرسم مقابل تعويض يدفع لشركة المشروع:

وقد كانت حجة هذا الاتجاه في تعديل الرسم مقابل التعويض وإن عقود البوت قريبـــة من عقد الالتزام الذي يجوز فيه التعويض مقابل تخفيض القسط ولكن عقود البـــوت (B.O.T) تختلف عن عقود الالتزام بكون في عقد البوت تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وصـــيانته وتشغيله مما يؤدي إلى حصول تكلفة عالية، وأساس عقد البوت مبني على الفترة الزمنية التي سوف تسترد فيها شركة المشروع التكلفة مع الأرباح، على خلاف ما هو عليه الحال في عقد الالتزام الذي يقوم على إدارة المشروع فقط مما سيؤدي إلى إلحـــاق أضـــرار فـــي شـــركة المشروع فضلاً عن دخول الدولة في منازعات مع شركة المشروع التي في الأغلب تلجأ إلى التحكيم وفق أغلب الاتفاقيات في عقود البوت والتي سوف تكلف الدولـــة تعويـــضات عاليـــة

---

(81) الحبشي، مصطفي عبد المحسن ، مرجع سابق، ص120.

(82) البهجي، عصام أحمد ، مرجع سابق، ص183 -184.

وفضلاً عن ذلك نكول شركات كثيرة عن الدخول في تعاقدات مع الدولة مما يؤدي إلى ركود اقتصادي بالبلاد[(83)].

ونرى أن الدولة لا يحق لها تعديل الرسم المتفق عليه عادة بعقود البوت وذلك لما يتركه هذا التعديل من ضرر على شركة المشروع وعلى الدولة من الناحية الاقتصادية ويجب قبل الدخول في أي اتفاقيات في عقود البوت أن تكون الدولة ذات تخطيط مستقبلي وعلى عِلم ودراية بالأوضاع الاقتصادية السائدة في البلد من خلال خبرائها ولجانها التخطيطية وعلى معرفة بما يناسب الجمهور من الرسوم التي تفرض عليه قبل التعاقد والدخول باتفاقيات وأن يكون هناك خطط علاجية لأي إشكاليات قد تقع بالمشروع.

ثانياً: الحق في إعادة التوازن المالي في العقد:

إن فكرة التوازن المالي هي فكرة ذات أصل إداري حيث تقوم هذه الفكرة على وجوب وجود توازن مالي بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستطيع أن ينشيء توازن بين المزايا التي يحصل عليها وبين الأعباء التي تفرض عليه بموجب العقد وإن الأصل في ظهور هذه الفكرة هو تحقيق العدالة بين أطراف العقد وقد يقع على عاتق المتعاقد بعض الأعباء من خلال إجراءات إدارية أو تشريعية قد توثر على العقد وهذه ما تسمى بنظرية المخاطر الإدارية (فعل الأمير) وقد تكون الأعباء ناتجة عن ظروف اقتصادية خارجية لا ترتبط بالعقد وهذه ما تسمى نظرية المخاطر الاقتصادية[(84)].

---

(83) المصري، زكريا (2007). أسس الإدارة العامة، التنظيم الإداري – النشاط الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، ص ص649 - 651.

(84) الجرف، طعيمة (1963 -1964). القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، القاهرة، ص411 -124.

ولم تخل عقود البوت (B.O.T) من فكرة التوازن المالي للعقد على أساس أن هذه العقود ذات نشأة إدارية ولضخامة هذه العقود فقد حرص أطراف العقد على فرض مجموعة من الشروط التي تسعى لتنظيم التوازن المالي للعقد بحال نشوء اختلال مالي ناشئ عن مشاكل إدارية أو صعوبات مادية غير متوقعة في أي مرحلة من مراحل العقد وهذا ما ظهر جلياً في جمهورية مصر العربية عند تعاقدها على أساس عقد البوت (B.O.T) مع شركة كاتو للاستثمار لإنشاء وتشغيل واستغلال و إعادة مطار العَلمين حيث ورد في المادة التاسعة من العقد ما يلي: للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات التالية:

1- بناءً على قرار من المالك.

2- القوة القاهرة.

3- ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع ويقرها المالك.

4- أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك[85].

وقد تطرقت الاتفاقية أيضاً في المادة العاشرة إلى القوة القاهرة ففي حال وقوع أي ضرر سببه القوة القاهرة يتحمل المالك تكاليف إعادة المشروع إلى ما كان عليه[86].

ويرجع ظهور اختلال التوازن في العقد وزيادة الأعباء الواقعة على المتعاقد إلى مجموعة من الأسباب نذكر أبرزها:

1- تعود الزيادة في الأعباء إلى وقوع الإدارة في خطأ تعاقدي يؤدي إلى الأضرار في الحقوق العائدة للمتعاقد، ومثال ذلك الأخطاء الناجمة عن تنفيذ عقود الأشغال العامة.

---

(85) الحبشي، مصطفي عبد المحسن، مرجع سابق ص123 -124.

(86) المرجع نفسه، ص 125.

2- قد يعود الإخلال في التوازن المالي إلى أعمال مشروعة من قبل الجهة الإدارية أو إلى ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، ومثال ذلك الأخطاء غير المقصودة.

3- قد تظهر الأعباء نتيجة قيام المتعاقد بالموافقة على إدراج شروط تضر بمصلحته دون أن تكون مفروضة عليه إلا أنها ضرورية لسير العمل، ومثال ذلك إدراج شرط لغايات تنظيم القانون.[87]

وقد ظهرت عدة نظريات في هذا المجال وهي:

أولاً: نظرية الظروف الطارئة:

فعندما تحدث ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد مما يجعل تنفيذ العقد مرهقاً بالنسبة للمتعاقد وإن لم يكن مستحيلاً تنفيذه، فيكون للمتعاقد الحق بطلب المساعدة من الإدارة للتغلب على هذه الظروف. لأنه ليس من العدل أن يترك المتعاقد وحيداً لمجابهة ظروف لم يكن بمقدوره توقعها، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد مما يترتب عليه تعطيل سير المرفق العام الذي أبرم هذا العقد من أجل خدمته.[88] لذلك تعمل الإدارة غالباً على تخفيف حدة هذه الظروف لضمان استمرار تنفيذ العقد بتعويض المتعاقد بما يساعده على تنفيذ التزاماته التعاقدية وتعيد للعقد توازنه المالي، وأحياناً أخرى تقوم الإدارة أيضاً بتخفيف بعض الشروط التعاقدية بما يتلاءم مع هذه الظروف. وفي الأردن تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات المقننة تشريعياً.

([87]) الحلو، ماجد راغب، مرجع سابق، ص77.

([88]) الناري، محمد (د.ت). الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، بدون تحديد طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11 وما بعدها. وانظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1033 لسنة 1996.

حيث نصت المادة (205) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك).

ثانياً: نظرية عمل الأمير أو (إجراءات السلطة العامة):

إن مفهوم نظرية فعل الأمير تطلق على كل تصرف مشروع صادر من السلطة العامة المتعاقدة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ التزام المتعاقد أكثر صعوبة(89)، ومثال ذلك صدور لوائح تنظيمية جديدة أو مالية أو قوانين عمالية من شأنها إضافة أعباء على المتعاقد أو عندما تقوم الإدارة بتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة مما يثقل كاهله، فنظرية فعل الأمير تختص بالإجراءات أو الأعمال المشروعة التي تتخذها الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، لذا يحق للمتعاقد طبقاً لهذه النظرية إذا توافرت شروطها المطالبة بالتعويض الكامل عما لحق به من خسارة وما فاته من كسب بسبب هذه الإجراءات.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

وتعالج هذه النظرية ما يصادف المتعاقد من صعوبات مادية يكون من شأنها أن تجعل التنفيذ صعباً ومرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً ومثالها الصعوبة الخاصة بطبيعة الأرض الجيولوجية التي تعاقد الأطراف على أساس إقامة المشروع أو المرفق عليها، بحيث تظهر فجأة هذه المعضلة(90).وتجعل تنفيذ الالتزام من الصعوبة بمكان القيام به من قبل المتعاقد من

---

(89) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية في شروط تطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية، قرار رقم (94/34 لسنة 1996).

(90) خليفة، عبد المنعم (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص218.

دون تعويض من الخسارة عن كامل الأضرار والنفقات، ومما يميز هذه النظرية عن سابقاتها أن هذه الصعوبات موجودة قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه[91]. ونظراً للطبيعة المادية لهــذه الصعوبات فهي لا تجد تطبيقها إلا في حالة تنفيذ عقود الأشغال العامة، ومن وجهة نظري إن تطبيق هذه النظرية في عقود البوت لا يتم إلا استثناءاً وذلك في حالة إسهام الدولة برأس مال المشروع، لأن القاعدة العامة في هذه العقود هو أن يتحمل المستثمر مغانم ومغارم المــشروع ونتائج مخاطرة[92].

ونجد أن فكرة التوازن في عقود البوت تختلف عما هي عليه في العقود الإدارية وذلك لأن تحقيق التوازن في العقود الإدارية لا يشترط التطرق له في العقد الإداري بينمــا تحقيــق التوازن المالي في عقود البوت (B.O.T) يتم التطرق له في العقد يرضى الطرفين وهذا مــا ظهر واضحاً باتفاقية شركة كاتو المصرية.

ثالثاً: - حق شركة المشروع في التمتع بحوافز الاستثمار: -

إن لكل دولة مجموعة من القوانين التي تُنّظم الاستثمار على أراضــيها وتقــدم هــذه القوانين مجموعة من الحوافز والامتيازات للشركات التي تستثمر على أراضيها وهذا ما ظهر واضحاً في المملكة الأردنية الهاشمية بقانون تشجيع الاســتثمار وإنــشاء مؤســسة تــشجيع الاستثمار. وعند إبرام عقود البوت (B.O.T) يُذكر عادة بالعقد نص يعطــي الحــق لــشركة المشروع أن تستفيد من الامتيازات والمزايا والحقوق التي تفرضها الدولة بموجــب قــوانين وأنظمة الشركات التي تستثمر على أراضيها ومن هذه المزايا على سبيل المثال: عدم جــواز التأميم وعدم فرض الحراسة أو الحجز وعدم التحديد الإداري للأرباح، أما في حال عدم ذكر

([91]) الرشد، خالد عبد الله (2004). جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، الطبعة الأولى، صادر عــن مجلــس النــشر العلمي، جامعة الكويت، ص188.

([92]) الطماوي، سليمان (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص690.

نص يعطي حق لشركة المشروع في الاستفادة من الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمرين فإننا نعود إلى كلٍ من هذه القوانين المحفزة على حدة ومعرفة ما إذا كان بالإمكان تطبيق القانون المحفز على العقد وهذا ما ذُكر واضحاً بمواد القانون رقم (8) لسنة 1997 بجمهورية مصر العربية[93].

أما حقوق صاحب المشروع وفقاً لقانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم(68) لسنة 2003 فهي:

1- حق صاحب المشروع في عدم تعرض مشروعه للمصادرة أو التأميم أو نزع الملكية إلا مقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع وقت نزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق دون تأخير وهذا ما نصت عليه المادة (13) من قانون الاستثمار الأردني.

2- لا تستخدم الدولة حقها في تعديل أحكام العقد بما يمس مصالح صاحب المشروع وكذلك أي توسعات في استثمار قائم يتم بعد سريان التعديل وهذا ما نصت عليه المادة (14) من قانون الاستثمار.

3- حق صاحب المشروع في تحويل استثماره كلياً أو جزئياً إلى صاحب مشروع آخر أجنبي أو وطني أو التخلي عن شريكه الوطني في حالة المشاركة وفقاً لاشتراطات الترخيص وهذا ما نصت عليه المادة (16) من قانون الاستثمار، وهذا الحق يمارس في الاستثمار بوجه عام ولكنه مقيد في عقود البوت بعدم جواز تنازل صاحب المشروع عن المشروع إلى الغير وذلك لقيام هذه المشاريع غالباً على الاعتبارات الشخصية في صاحب المشروع من ناحية قدراته المالية والفنية والتكنولوجية.

([93]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص191.

4- حق صاحب المشروع الأجنبي تحويل أرباحه ورأس ماله إلى الخـــارج وللعـــاملين فـــي المشروع من الأجانب تحويل مدخراتهم ومستحقاتهم إلى الخارج وهذا ما نـــصت عليـــه المادتين (18، 19) من قانون الاستثمار.

5- لصاحب المشروع الحق بالاستفادة من مزايا الإعفاءات الـــضريبية الممنوحـــة بموجـــب القانون الأردني ما دام الإعفاء الضريبي سارياً وهذا ما نصت عليـــه المـــادة (10) مـــن قانون الاستثمار.

6- حق صاحب المشروع في إدارة مشروعه بالطريقـــة التـــي يراهـــا مناســـبة وبواســـطة الأشخاص الذين يختارهم[94]، ويمارس هذا الحق تحت إشراف ورقابة الجهـــة الإداريـــة المتعاقدة في عقود البوت لضمان أن إدارة المشروع أو المرفق تتماشى مـــع مقتـــضيات المصلحة العامة.

7- حق صاحب المشروع أو من ينوب عنه قانوناً الاعتراض على قـــرار لجنـــة الحـــوافز الاستثمارية في حالة رفض اللجنة طلبه المقدم بمنح الإعفاءات الضريبية. ويجب أن يتقدم بالاعتراض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه برفض طلبه[95]، وهذا أيضاً مـــا نـــصت عليه المادة (10) من قانون الاستثمار.

8- من حق صاحب المشروع بموجب المادة (16) من قانون الاستثمار بموافقة لجنة الحوافز الاستثمارية أن يبيع الموجودات الثابتة والمعفاة من الـــضرائب كمـــا يحـــق لـــه إعـــادة تصديرها، وبالطبع يشترط في عقود البوت أن لا تؤدي ممارسة هذا الحق إلـــى التـــأثير

([94]) انظر المادة (12) بند (3) من قانون الاستثمار الكويتي وكذلك المادة (25) فقرة (هـــ) مـــن قـــانون الاســـتثمار الأردني.

([95]) انظر الفيلي، محمد (2005). الضمانات والمزايا لشركة المشروع وفقاً لقانون الاستثمار الكـــويتي، ورقـــة عمـــل مقدمة لمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية، المنعقد في دولة الكويت خلال الفترة من 8-9 مارس 2005، ص1 وما بعدها.

على سير المرفق العام بانتظام واطراد كأن يقوم صاحب المشروع ببيع أو تصدير منقول ما أصبح عقاراً بالتخصيص لارتباطه المباشر بخدمة المرفق أو المشروع. بحيث يؤثر التصرف فيه لأي سبب كان على سير المرفق مما يضر بالصالح العام.

المطلب الثاني

التزامات الشركة القائمة بالمشروع

أن أهم الالتزامات الواقعة على شركة المشروع هي:

أولاً: التزام شركة المشروع بالبناء والتشييد:

إن عملية البناء والتشييد تمر بالعديد من المراحل منها ما هو قبل البدء بالتشييد، ومنها ما هو بعد التشييد وهي مرحلة التصميم ومرحلة تأهيل موقع المشروع وغيرها.

إن مرحلة التصميم من المراحل المهمة حيث يتفق الطرفان في عقود البوت (B.O.T) على تصميم الخرائط والتصاميم اللازمة لسير العمل بالمشروع ويقع عبء تصميم الخرائط على أحد الأطراف بحيث يتم الالتزام في العمل وفق هذه الخرائط والمخططات بعد استلام كل أطراف العقد نسخاً منها من أجل البدء بالإشراف وتحديد آلية التعامل مع المشروع، وفي الأغلب يتم اللجوء إلى الإتحاد الدولي للمهندسين من أجل اختيار نموذج معين من العقود المنبثقة من الإتحاد. (96)

وتقع على الشركة المسؤولية في حال عدم إتباع التصاميم والمواصفات المتفق عليها عند إبرام عقود البوت وذلك لأن الالتزام بالبناء والتصاميم هو التزام الهدف منه تحقيق النتيجة. (97)

---

(96) إلياس، ناصيف ، مرجع سابق، ص ص142 -ص143.

(97) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص151.

وفي أغلب تعاقدات الدولة في عقود البوت (B.O.T) لا تقوم الجهة المستفيدة من المشروع بالتطرق إلى التفاصيل الدقيقة وإنما تقوم بتحديد المواصفات الرئيسية والمهمة والغايات النهائية من المشروع ومن الأمثلة على الغايات الرئيسية، القدرة الاستيعابية والمواصفات البيئية أما بحال قيام أطراف العقد بالاتفاق على التفاصيل والتصاميم فيجب على شركة المشروع تنفيذ هذه الاتفاقية بحذافيرها مع العلم بأنه يمكن إجراء بعض التعديلات على التصاميم في حال وجود عيوب واختلالات فيها وذلك لأن الهدف الرئيسي هو إقامة مشروع قادر على تحقيق الغرض الذي أُنشأ من أجله[98].

وبعد عملية التصميم يجب تحضير موقع المشروع لبدء التنفيذ حيث يقع على الجهة المانحة للمشروع أن تخلي المشروع من كل الإعاقات التي تحول دون استلام شركة المشروع للموقع لأن أي تأخير في استلام المشروع يؤدي إلى أضرار بشركة المشروع مما يُدخِل الأطراف بنزاع من الممكن أن يؤدي إلى إنهاء المشروع.

وتبرز عملية التشييد بقيام شركة المشروع ببناء المشروع على نفقتها الخاصة وتنفيذ العقد من خلال تطبيق كافة الاتفاقيات والمخططات والتصاميم الخاصة بالمشروع وتظهر في عملية التشييد أيضاً تركيب المعدات والآلات اللازمة لتشغيل المشروع ليتمكن المشروع من السير وفِق طاقته الإنتاجية اللازمة والوظيفة المخصص من أجلها. [99]

ولذلك يجب أن يُراعى عند تركيب المعدات والآلات في المشروع أن تكون هذه المعدات والآلات على قدرٍ من الجودة والكفاءة والتطور لتمنح المشروع مزيد من القدرة وزيادة في الأرباح، وعند إنشاء المشاريع في عقود البوت (B.O.T) يجب تمديد الفترة

([98]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص151.

([99]) إلياس، ناصيف، مرجع سابق ص243 -ص244.

الزمنية اللازمة لإتمام المشروع والانتهاء من تنفيذه من أجل البدء باستغلاله حيث أن اغلب الاتفاقيات في العقود تضع غرامات مالية عند تجاوز الفترة المالية المحددة لإنشاء المشروع ما لم يوجد نص بالعقد يعفي الشركة من الغرامات في حال تعرض المشروع إلى مجموعة من المعوقات تذكر في الاتفاقية ومن أهمها: القوة القاهرة[100].

ثانياً: التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع

إن عملية تشغيل المشروع تعد من أهم المراحل التي يمر بها عقد البوت (B.O.T) وذلك لأن تشغيل المشروع يُعَد الثمرة التي تحصل عليها شركة المشروع بعد عملية البناء والتشييد سابقة الذكر حيث إن بعملية تشغيل المشروع تمكن الجمهور من الانتفاع من المشروع،أما آلية التشغيل فتتم عن طريق شركة المشروع الأصلية أو عن طريق شركة متخصصة تضعها شركة المشروع لإدارة المشروع وجميع هذا متوقف على ما تم الاتفاق عليه بعقد البوت (B.O.T) من آلية التشغيل والإدارة وفي الأغلب تقوم الدولة التي يعود إليها المشروع بوضع تشريع ينظّم المشروع للجمهور وآلية تقديم الخدمة للجمهور[101].

وإن أغلب عقود البوت (B.O.T) تتعلق بمشاريع عامة تابعة للدولة ويطلق على هذه المشاريع المرافق العامة وهذه المرافق لها مجموعة من المبادئ يجب أن تتوفر لكي يتم سير المرفق العام، وهي: -

1 - مبدأ مساواة جميع الأفراد أمام المرافق العامة.

ويقصد بهذا المبدأ أنه يحق لجميع أفراد الجمهور الانتفاع بهذا المرفق إذا تحققت الشروط اللازمة للانتفاع بهذا المرفق ولا نستطيع أن نفرق بين أي شخص من متلقي الخدمة

([100]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق ص153 -ص155.

([101]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص166.

من الجمهور ولذلك يجب على شركة المشروع الالتزام بتقديم الخدمة لكافة الجمهور وعدم التمييز بين أي فرد من الأفراد ما دام مركزهم القانوني متساوي في الخدمة.

فلا يتصور أن تقوم شركة المشروع بإنشاء محطة لتوليد الكهرباء ثم تُـزَوِّد بعض المواطنين وتحرم آخرين أما الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط فلا يحق لهم طلب المساواة مع من توافرت بهم شروط الانتفاع في المرفق لذلك لا يحق للدولة ان تفرق بين طالبين الانتفاع (102).

2 - مبدأ دوام سير المرفق العام:

إن الأصل في المرفق العام قيامه بتقديم خدمة عامة للجمهور أي المواطنين والمقيمين على أرض الدولة ولذلك نشأ مبدأ دوام سير المرفق العام وأدى إلى ظهور مجموعة من نظريات القانون الإداري التي تتماشى مع هذا المبدأ ومن هذه النظريات: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام ونظرية منع إضراب الموظفين في المرفق العام لتفعيل مبدأ استمرارية المرفق دون انقطاع أو أي تأخير في الخدمات التي يقدمها هذا المرفق ويجب ان ينضم عمل المرفق بحيث يسير بشكل منتظم أثناء الدوام الرسمي وعدم الإخلال بأوقات عمل المرفق. (103)

وما يدل على ضرورة سير المرفق العام بانتظام في عقود البوت B.O.T ما ظهر بنص "المادة السابعة من القانون رقم (100) لسنة 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر على أنه يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة تشغيل وصيانة محطة كهرباء وذلك بمراعاة

---

(102) بسيوني، عبد الله عبد الغني ، مرجع سابق، ص 62 -63.

(103) صيام، مروة (2003). القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها –الإستملاك - الأشغال العامة – التنظيم المدني) بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص2003، ص47.

القواعد...... (جـ) تمديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد "[104].

3. مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل.

إن الأصل في المرفق العام تقديم خدمات للجمهور وهذه الخدمات على قدر من الضرورة و الأهمية لذا يجب أن تواكب التطور بإدخال كم من التحديث والتطوير ليواكب هذا المرفق حاجات ومتطلبات الجمهور والأصل في المرفق العام أن الإدارة لها سلطة واسعة في تقدير حاجة المرفق للتطوير والتحديث ولكن في المرافق التي تقام على نظام عقود البوت B.O.T فإنه يجب أن يكون التطوير باتفاق الطرفين ويجب أن يراعي مصالح شركة المشروع وإدارتها عند القيام بتحديث وتعديل المرفق العام ويجب أن تعوض شركة المشروع عن أي تعديل وذلك لأن أساس التعاقد في عقود البوت B.O.T مبني على فترة زمنية لكي تسترد شركة المشروع التكاليف وتحقق الأرباح[105].

ثالثاً: التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع.

بعد انتهاء فترة الاستغلال المحددة في عقود البوت B.O.T والتي في الغالب تدوم فترة زمنية طويلة لكي تأتي مرحلة إعادة المشروع إلى الجهة مانحة المشروع وتتم الإعادة من خلال نقل ملكية المشروع وأصوله ومرفقاته الأساسية دون مقابل أثناء التسليم.

ويقصد بنقل ملكية المشروع إعادة جميع أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الجهة مانحة المشروع والتي في الأغلب هي الدولة، دون مقابل بعد انتهاء فترة الاستغلال ومن الممكن إعادة أصول المشروع إلى الجهة مانحة الامتياز أو أية جهة أخرى سواء شركة أو

([104]) صيام، مروة، المرجع السابق، ص50 - ص51.
([105]) المرجع نفسه، ص147 -ص148.

مؤسسة تابعة لها وذلك حسب موافقة الدولة ويشترط عند نقل ملكية المشروع إلى الجهة مانحة الامتياز أن تكون الأصول ذات كفاءة عالية تسمح باستغلال المشروع من قبل الجهة المستلمة وأن تكون كافة المعدات التابعة للمشروع حاصلة على الصيانة الدورية اللازمة لاستمرار تشغيل المشروع [106].

ويجب أن يتم نقل ملكية المشروع وأصوله وفق الإجراءات المتبعة في إدارة الشهر العقاري والتي يطلق عليها في الأردن دائرة الأراضي والمساحة ويجب أن تراعى كافة إجراءات نقل الملكية المتبعة في الأردن وتحدد إجراءات النقل المتبعة والآلية اللازمة لنقل المشروع وفق ما يبرم في الاتفاق ويجب أن تحدد إليه النقل وشروطه على وجه الدقة وعلى قدر كبير من التفصيل وذلك بسبب طول مدة عقود البوت، حيث أنه وبعد انقطاع مدة طويلة من الزمن يصبح من الصعب إثبات ملكية الأرض للدولة وصعوبة الحصول أو إيجاد النصوص التي تثبت أحقية الدولة في الحصول على المشروع ويجب أن تسجل عقود البوت في أكثر من جهة رسمية وذلك لتأكيد أحقية الدولة أو الجهة المانحة في الحصول على المشروع بعد انتهاء مدة الاستغلال[107].

ويجب نقل ملكية المشروع وهو في حالة جيدة وصالحة للاستغلال من قبل الجهة المانحة للالتزام فضلاً عن ذلك يجب أن يسلم المشروع خالياً من الالتزامات والحقوق اتجاه الغير كأن يكون المشروع مرهون أو عليه مجموعة من التأمينات أو الديون للمتعاقدين ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك[108].

([106]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص170 -ص171.

([107]) ناصيف، إلياس، مرجع سابق ص 280.

([108]) حسين، أحمد جيهان، والسيد، أحمد جيهان حسن (1995). عقوق البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص110.

أما بالنسبة لتكاليف النقل أي نقل ملكية المشروع وأصوله فإذا تم الاتفاق بين شـركة المشروع والجهة مانحة المشروع فإن ما تم الاتفاق أولى بالتطبيق حتى لو كان من الأولى أن تقوم الجهة مانحة الالتزام بدفع تكاليف النقل.

رابعاً:التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا الحديثة: -

لقد وردت مجموعة من التعريفات لمصطلح التكنولوجيا ومن أبرز هـذه التعـاريف للتكنولوجيا ما ذهبت إليه منظمة اليونيدو حيث ذهبت إلى القول بان التكنولوجيا هي " محصلة إجمالية من المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وإنشاء وتـشغيل أحد مشروعات البنية الأساسية بالإضافة إلى الجوانب الإدارية والتنظيميـة والتـسويقية ذات الصلة بالمشروع المقصود"[109].

وجاء في قانون السلوك لنقل التكنولوجيا، الذي قامت بإعداده هيئة الأمم المتحدة " نقل التكنولوجيا وتعني نقل معلومات فنية تستعمل في إنتاج السلع أو في تطبيق طريقة أو في تقديم خدمات"[110].

وفي أغلب عقود البوت B.O.T يرد نص في العقد يلزم شركة المشروع بتقديم أفضل الوسائل التكنولوجية الحديثة خلال فترة العقد وتشترط بعض النصوص أيضاً تدريب وتأهيـل العاملين الوطنيين داخل المشروع للتعامل مع هذه التكنولوجيا ليكونو على معرفة في التعامـل معها بعد إنتهاء عقد البوت وتسليم المشروع إلى الجهة المانحة، وهناك رأي ينادي بإسـتخدام الآلات والتكنولوجيا الوطنية وعدم الإعتماد على التكنولوجيا الخارجية وهذا الرأي يخالف مـا

([109]) إلياس، ناصيف، مرجع سابق، ص277.

([110]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص161 -ص165.

ذهبت إليه منظمة التجارة العالمية في الأخذ من التكنولوجيا الأجنبية إذا كانت على قــدر مــن الجودة وتنافس التكنولوجيا والآلات الوطنية[111].

أما التزامات صاحب المشروع وفقاً لقانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم(68) لسنة 2003 فهي:

1- التزام صاحب المشروع بتعيين نسبة معينة من المواطنين الأردنيين في المشروع حتى يتم منح صاحب المشروع ميزة الإعفاءات الضريبية، وهذا ما نصت عليه المادتــان (5/ب) و(5/و) من قانون الاستثمار الأردني.

2- إن صاحب المشروع الذي تقرر منح مشروعه الإعفاءات الضريبية والمزايــا[112] وفقــاً لنص المادة (14) فقرة (أ) من قانون الاستثمار الأردني يلتزم بما يلي:

أ- إعلام لجنة الحوافز الاستثمارية خطياً بالانتهاء من تركيب الموجودات الثابتة للمشروع وبتاريخ بدئه بالعمل أو الإنتاج الفعلي.

ب-مسك حسابات منظمة للمشروع وتعيين مدقق حسابات قانوني مجــاز فــي المملكــة لتدقيقها.

ج-مسك سجل للموجودات الثابتة المعفاة تدرج فيه جميع التفاصيل المتعلقة بها.

د- تقديم أي معلومات أو بيانات أو وثائق تطلبها لجنــة الحــوافز الاســتثمارية وتتعلــق بالموجودات الثابتة للمشروع والسماح لأي مفوض من قبل رئيس اللجنــة أن يــدخل المشروع لمطابقة البيانات والمعلومات على الواقع.

---

(111) منظمة اليونيدو.

(112) أبو قحف، عبد السلام (2003). الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبيــة، الكتــاب الثــاني، الطبعــة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة للنشر، الإسكندرية، ص63 وما بعدها..

المبحث الثاني

حقوق والتزامات الجهة مانحة المشروع

إن من الحقوق التي منحت للجهة مانحة المشروع هو حق الرقابة والتوجيه وهذا الحق كفيل بمتابعة سير عمل المشروع بكافة مراحله، حيث تمارس الإدارة حقهــا فــي الإشــراف والرقابة في مثل هذا النوع من العقود من خلال إرسال مندوبيها مــن المهندســين والفنيــين لدخول مواقع العمل، والتأكد من سير التنفيذ وفقاً للشروط الفنية، ووفقاً للمواعيــد المحــددة، وإجراء بعض التحريات وتلقي شكاوي العاملين، والمنتفعين بخدمات المرفق العام مــن أجــل الاطمئنان على سير الأمور بما يتفق والمصلحة العامة، ولكن اســتعمال الإدارة لهــذا الحــق منوط بعدم جواز استعماله لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام موضوع التعاقد ولا أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمرفق بعد الإنشاء وأثناء فترة الاستغلال وإلا كان ذلك إســاءة لاستعمال السلطة[113]. وهذا الحق في الرقابة والإشراف يثبت فــي الأردن للهيئــة التنفيذيــة للتخاصية بناء على نص المادة (4) من قانون التخاصية الأردني والتي تعتبر عقــود البــوت أسلوباً من أساليب التخاصية.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وهما:

المطلب الأول: حقوق الجهة مانحة المشروع

المطلب الثاني: التزامات الجهة مانحة المشروع

(113) نصار، جمال الدين، مرجع سابق، ص198.

المطلب الأول

حقوق الجهة مانحة المشروع

للجهة مانحة المشروع عدة حقوق هي:

أولاً: حق المانحة للمشروع في الرقابة والتوجيه The Role of Control and Direction[114]: لحق الرقابة والتوجيه معنيين هما:

- **المعنى الضيق:** ويراد بالمعنى الضيق في الرقابة والتوجيه هو أن تقوم الجهة المانحة بالإشراف والمتابعة على تنفيذ الاتفاقية المبرمة بموجب عقد البوت وفق البنود التي تم ذكرها والاتفاق عليها ويتم الإشراف على تنفيذها من قبل مشرفين ومهندسين وفنيين قادرين على معرفة واكتشاف آلية تنفيذ العمل وفقاً لما اتفق عليه في العقد وهذا الحق في الرقابة والإشراف على البنود الواردة في الاتفاق حق ثابت وفق نصوص القانون المدني وتعتبر كافة الأعمال المادية المتبعة في الإشراف والرقابة داخل المشروع المذكورة في العقد من أعمال الرقابة والتوجيه وفق المعنى الضيق[115].

- **المعنى الواسع:** ويراد بالمعنى الواسع للرقابة والتوجيه ليس الوقوف على الرقابة وفق المدلول الضيق وإنما يتعداه ليزداد شمولاً واتساعاً ليصل لحق الجهة مانحة المشروع في اختيار الآلية المتبعة لتنفيذ المشروع حيث أنه في المعنى الواسع للرقابة والتوجيه تتسع حقوق الجهة مانحة المشروع وتزداد شمولاً لتتدخل في آلية تنفيذ المشروع وفقاً لما هو مناسب بالنسبة لها وتصل هذه الحرية للتدخل بأمور لم تذكر في نصوص عقد البوت المبرم كاختيار آلية تنفيذ جديدة [116].

([114]) الطماوي، سليمان (1967). محمد الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1967، ص593.

([115]) بدر، أحمد سلامة، مرجع سابق، ص164.

([116]) الحمود، وضاح رشيد ، مرجع سابق، ص84 -ص85.

وقد ظهر للمدلول الواسع في الرقابة مجموعة مـن التطبيقـات بالمملكـة الأردنيـة الهاشمية حيث ورد في المادة 22 من اتفاقية امتياز شركة الكهرباء الأردنية المـساهمة فـي عمان أن " للوزير خلال مدة هذا الامتياز أن يشرف على أعمال المـشروع مـن الـوجهتين المالية والفنية للدرجة التي يراها ضرورية لتأمين استثمار هذا الامتياز استثماراً وافيـاً،وعلى الشركة أن تقوم بكل ما يطلبه الوزير من الأعمال الضرورية لتأمين استثمار الامتيـاز علـى الوجه المذكور وأن تقدم له كلما طلب ذلك جميع المعلومات والتقارير والإحصاءات حول أي أمر يتعلق بالمشروع ويمكنه أن يطلع مباشرة على جميع مخابراتها و ملفاتها وحساباتها،وعلى الشركة بناءً على طلب الوزير أن تقوم بتأدية النفقات التي تتحقق للموظفين أو الخبراء ممـن تدعو الحاجة لاستخدامهم في ممارسة هذا الإشراف. على أنه يجب ان يكون واضحاً ان قيـام الوزير بهذا الإشراف لا يرفع عن الشركة أية مسؤولية عن وجوب قيامها بجميع الالتزامـات والخدمات المطلوبة منها على خير وجه بمقتضى أحكام هذا الامتياز،وتكون الشركة عرضـة لأية عقوبة يفرضها عليها هذا الامتياز في حالة مخالفتها أو إهمالها أو تقصيرها أو عجزهـا عن تنفيذ كل أو بعض ما يتوجب عليها من أعمال ومسؤوليات حتى ولو لم يوجه الـوزير أي إخطار لها حول ذلك "[117].

وتبرز أهمية حق الرقابة في عقود البوت B.O.T من خلال سببين رئيسيين وهما: -

1 - طول العمر الافتراضي لعقود البوت B.O.T.

2 - التزام شركة المشروع بإعادة المشروع بأفضل حال بعد انتهاء العقد.

وتأكيداً على حق الرقابة في التوجيه في عقد البوت B.O.T ما ذهبت إليه دول أمريكا اللاتينية في تعيين ممثل للجهة المانحة داخل مجلس إدارة المشروع دون الأحقية في التصويت

([117]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص85 -ص86

على قرارات المجلس ويمارس حق الرقابة داخل المجلس الإداري للمشروع و إطلاع الحكومة على ما يفيدها.

ويجب على الجهة المانحة أن تؤكد على حقها في الرقابة عند إبرام عقود البوت B.O.T، وذلك من أجل إلزام شركة المشروع بحق الرقابة الواقع عليها من الدولة ويجب أن تكون الرقابة على كافة مراحل المشروع لكي لايتسنى لشركة المشروع التلاعب والاحتيال في عملية البناء والتشغيل في عقود البوت B.O.T. وأن الحق في الرقابة والتوجيه يثبت للجهة الإدارية لتتمكن من مطابقة أعمال شركة المشروع للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية والمالية ولذلك يظهر حق الجهة المانحة (الإدارة) في توجيه أعمال المشروع في ما تراه مناسب لسير العمل فيه بنجاح.(118) وقد برز في عقود البوت B.O.T مجموعة من صور الرقابة ومن ابرز هذه الصور:

1- الرقابة الفنية: وهي الرقابة التي تمارسها الدولة على شركة المشروع من حيث تمسك شركة المشروع بنصوص العقد وتطبيقه على أرض الواقع وتتمثل هذه الرقابة في تحديد أشخاص مخولين للدخول للمشروع والإشراف عليه في مختلف الأجزاء الفنية والاطلاع على أقسام كفاءة المشروع(119).

2- الرقابة المالية: ويقصد بها أحقية الجهة المانحة في الإطلاع على الأوضاع المالية للمشروع والإطلاع على كافة الحسابات اللازمة للدلالة على الوضع المالي للمشروع وإجبار شركة المشروع على مسك الدفاتر اللازمة في عمل المشروع. (120)

(118) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص102 -ص103.

(119) الحلو، ماجد راغب ، مرجع سابق، ص541

(120) حسبو، عمر احمد (2002). المنظور الحديث لعقود إلزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ص158 - ص159.

3 - الرقابة الإدارية: وتبرز هذه الرقابة في عقد البوت B.O.T من خلال قيام الدولة بتعيـــين أعضاء يمثلوا الدولة في مجلس إدارة شركة المشروع وعدد الأعضاء يختلف من عقد إلى آخر.

ثانياً: - حق الجهة المانحة للمشروع في تعديل العقد.

تتمتع الجهة مانحة المشروع بحق تعديل العقد حيث أن حق تعديل العقد هو حق ثابت للجهة مانحة المشروع ولكن يبرز الاختلاف في طبيعة هذا التعديل فقد تباينت الآراء حول هذا التعديل فمن الفقهاء من يرى أن حق تعديل العقد ثابت بإرادة الجهة المانحة (الإدارة) بـــإرادة منفردة وتعترف بعض التشريعات كما يعرف أحد فقهاء القـــانون الإداري بحـــق الإدارة فـــي تعديل بعض شروط العقد الإداري وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة) [121].

ويعترف رأي أخر بحق التعديل الاتفاقي بين شـــركة المـــشروع والجهـــة المانحـــة للمشروع وأبرز من نادى بهذا الرأي الدكتور عصام أحمد البهجي في كتابـــة عقـــود البـــوت B.O.T[122].

لقد أكد أحد فقهاء القانون الإداري المصري [123] الذين اعتبروا عقد البوت بأنه عقـــد من عقود القانون الإداري على حق الدولة في تعديل العقد وفقاً لإدارتهـــا المنفـــردة وكانـــت حججهم في هذا الرأي مستندة إلى مجموعة من نصوص القوانين ومن أبرز هذه النصوص: -

1 - تنص عليه المادة رقم (87) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1988 على أنه " يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حـــدود 20% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هـــذه الجهـــات

([121]) شطناوي، علي خطار (2002). الوجير في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص290.

([122]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص202 - 203.

([123]) الحبشي، مصطفى، مرجع سابق، ص205

الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة ".

2 - نصت المادة الخامسة من قانون عقد التزام المرافق العامة رقم (129) لسنة 1947 على أن "لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله".

3 - صدور فتوى من الجمعية العمومية بمجلس الدولة بتاريخ 1973/11/28 على أن " من المبادئ الأساسية المستقرة أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها،على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين".

وهذا يعني أن أي عقد تثبت له الطبيعة الإدارية سواء كان هذا العقد من العقود المسماة أو العقود غير المسماة فإن للدولة كل الحق في تعديل هذا العقد ويطبق عليه أحكام القانون الإداري.[124]

وقد اختلف فقهاء القانون الفرنسي فيما يتعلق بحق الإدارة بتعديل عقودها بإرادتها المنفردة حيث يرى البعض أحقيتها في تعديل العقود ويرى البعض الآخر عدم أحقيتها في تعديل العقود ويرى جانب آخر أن التعديل يقع في عقود الأشغال والامتياز فقط.

([124]) حسين، محمد بكر (2006). الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص316.

حيث أن الرأي الذي أعطى الإدارة الحق بتعديل عقودها وفقاً لإرادتها كان من أنصاره العميد هوريو والأستاذ دفيرو ويؤكد هذا على أحقية الدولة في تعديل عقودها وفق إرادتها المنفردة وهذا الرأي هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي وأما الاتجاه الآخر الذي نادى بعدم أحقية الإدارة بتعديل العقود بإرادتها المنفردة ومن أبرز أتباع هذا الرأي جان لوليه والأستاذ جان ديفو حيث عللوا موقفهم بإنكار حق الإدارة بتعديل العقود لأن هذا الحق الذي منح للإدارة قائم على فكرة زائفة من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي ومن ابرز الأحكام التي تؤيد هذا الرأي حكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية ملجأ ومستشفى شوني الصادر في 11 يوليو 1971 حيث يدور قرار الحكم في أن أحد المهندسين تعاقد مع الإدارة على وضع مجموعة من التصاميم وإدارة التنفيذ لمستشفى شوني وأثناء التنفيذ أضطر المهندس إلى مغادرة المدينة مما أضطره إلى اختيار مهندس آخر ليحل محله وعرض الأمر على الإدارة فوافقت واشترطت توزيع بدل الأجر على المهندسين بالتساوي فرفض المهندس الأول هذا الشرط مما أضطرهم لرفع النزاع إلى مجلس الدولة وقرر مجلس الدولة عدم جواز أن تقوم الإدارة بتعديل الشروط الواردة في العقد، أما الرأي الآخر فإنه يعتبر حق الإدارة في تعديل العقود يقتصر على عقد الأشغال والامتياز فقط نظراً لطبيعتهما الخاصة ومن أبرز أنصار هذا الرأي الفقيه جيز.[125]

وبالعودة إلى الفقهاء الذين اعتبروا عقد البوت من عقود القانون الخاص ونادوا بحق تعديل العقد وفق إرادة طرفي العقد شركة المشروع والإدارة ولا يحق للإدارة لوحدها تعديل العقد وفق إرادتها المنفردة إلا بموافقة الطرف الآخر وهي شركة المشروع وتبرز مجموعة

([125]) نقلاً عن: الحمود، وضاح رشيد، مرجع سابق، ص112 - ص119

من الأسباب التي تحول دون الأخذ بحق التعديل للعقد وفقاً للإرادة المنفردة للجهـــة المانحـــة وهي:

1- أن حق الدولة في التعديل مع التعويض ينافي مصلحة الدولة الاقتصادية وذلك بـــسبب أن مبالغ التعويض تكون عالية جداً مما يؤدي إلى أضرار اقتصادية تلحق بالدولة وأن لجـــوء الدولة إلى الأخذ بنظام عقود البوت هو تخفيف الأعباء على ميزانية الدولة فعند التعـــديل والتعويض نعود فنغرق ميزانية الدولة بالمبالغ الزائدة.

2- إن تعديل عقود البوت B.O.T من قبل الجهة مانحة الالتزام (الدولة في الأغلب) يعطـــي انطباع سيء أمام شركات القطاع الخاص سواء كانت داخلية أم خارجية وبأن الدولـــة لا تفي بالتزاماتها وتنقض اتفاقاتها.

3- اختلاف الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T عن الطبيعة القانونية للعقود الإدارية ممـــا يجعل أغلب قواعد القانون الإداري غير صالحة لعقود البوت B.O.T.

4- العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ أساسي في عقود البوت B.O.T فيجب احترامـــه وعـــدم القيام بأي عمل إلا بموافقة المتعاقدين وفق نظام البـــوت[126] ولـــذلك لا يجـــوز للدولـــة التصرف وفق إرادتها المنفردة في تعديل العقد.

ونرى أن حق تعديل العقد هو حق ثابت يجب احترامه ولكن هذا الحق يجب أن يقيـــد بإرادة طرفي العقد ولا يقوم على إرادة أحد أطراف العقد وفق الإرادة المنفردة للدولة وذلـــك لأن عقد البوت B.O.T من العقود الأقرب إلى عقود القانون الخاص وذلك لما تحظـــى بـــه إرادة كلا طرفي العقد من اهتمام أثناء إبرام العقد، حيث أن إهمال إرادة أحد طرفـــي العقـــد وخاصةً إرادة شركة المشروع تؤدي إلى أضرار اقتصادية كبيرة ومن أبرز هـــذه الأضـــرار

([126]) البهجي، عصام أحمد، مرجع سابق، ص107 – ص109.

ابتعاد الشركات الداخلية والخارجية عن الخوض في عقود مع الدولة المستضيفة لمثـل هـذه المشاريع، وأن اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص يعني احترامنـا لمجموعـة مـن المبادئ الرئيسية في القانون ومنها (أن العقد شريعة المتعاقدين). وأن دخول الدولة في التعاقد وفق نظام عقود البوت B.O.T يجعلها تتنازل عن حقها في كونها صاحبة سلطة عامة وإنمـا هي طرف عادي كأي طرف في العقود، مما يحجب عنها حق تعديل في العقد وفـق إرادتهـا المنفردة.

ثالثاً: حق الجهة مانحة المشروع في فرض عقوبات على شركة المشروع:

إن الجزاءات التي تنص عليها في عقود البوت B.O.T تعتبر بمثابة العقوبات الرادعة لشركة المشروع عند الإخلال بشروط العقد المبرم بينها وبين الجهة مانحة المـشروع وفـي الأغلب تقوم الدولة بفرض هذه الجزاءات عند قيام شركة المـشروع بمخالفـات مثـل عـدم الامتثال للمواعيد المحددة في عقد البوت B.O.T أو عدم تنفيذ أحد بنود العقد أو الإخلال فيه أو القيام بأي تصرف يلحق أضرار في المشروع مهما كان نوع هذه الأضرار.

وقد ذهبت قرارات مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه يجـب أن تتقيـد الدولـة بتنفيـذ الجزاءات الواردة في العقد وان تنفذ هذه الجزاءات[127]، أما في حـال عـدم شـمول هـذه الجزاءات للمخالفة الواقعة فإن الدولة لا تتقيد بالجزاءات الموضوعة، لذلك يترك الأمر للدولة في إيقاع الجزاءات تحت رقابة القضاء أي أن توقع الجزاءات بأمر قضائي ولـذلك إذا حـدد

(127) أخذت قرارات مجلس الدولة الفرنسية تتوالى مؤكدة الاتجاه ذاته، ومن ذلك قرار المجلس فـي 1912/7/31 فـي قضية شركة الجرانيت ورد "ومن حيث أن العقد المبرم بين المدينة والشركة خلا من الأشغال التي تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وإنه بهذا يثير الطلـب منازعـة لا يختص القضاء الإداري بنظره".

المتعاقدان مجموعة من المخالفات والتجاوزات ووضعوا لها جزاءات فيجب أن تلتزم الدولة بهذه الجزاءات وعدم جواز إجراء أي تعديل عليها[128].

وإن الهدف الأساسي من فرض الجزاءات على شركة المشروع في حال حصول المخالفات والأضرار المترتبة عليها هو الحفاظ على هذا المشروع الذي بالأغلب يكون على قدر من الأهمية واستمراره بالعمل دون تعطل، أمر مهم بالنسبة لاقتصاد البلد مانح المشروع. وأن الجزاءات الواردة بعقود البوت B.O.T تنقسم إلى عدة أنواع: وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة وكل جزاء من هذه الجزاءات يهدف إلى تحقيق هدف أو غرض من الردع لشركة المشروع ولذلك سوف نقوم بايراد كل نوع من هذه الجزاءات وكما يلي:

أ - الجزاءات المالية وتشمل غرامة التأخير ومصادرة التأمين:

1 - **غرامة التأخير:**

وهي مبلغ من المال غالباً ما يحدد سلفاً في العقد، تفرضه الإدارة على المستثمر في حالة تراخيه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، كأن يتأخر في إنجاز المشروع خلال المدة المحددة في العقد[129]. وإذا لم تحدد الغرامة في العقد فإنه غالباً ما تنص عليها الأنظمة واللوائح التي تحكم العقود الإدارية، حيث نصت المادة الخامسة فقرة (ج) من تعليمات العطاءات الحكومية على فرض غرامة تأخير مقدارها 10% من معدل الإنتاج القومي على المتعاقد عن كل يوم

([128]) نقلاً عن: الجرف، طعيمة، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 406 – ص 408، انظر كذلك وضاح، الحمود، مرجع سابق، ص119 – ص 141.

([129]) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (93/1407) لسنة 1995.

تأخير في تنفيذ التزاماته[130]. وإن للإدارة الحق في فرض الغرامة بمجرد تحقق سببها دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم من القضاء.

2 - **مصادرة التأمين أو الكفالة:**

يعتبر التأمين أو الكفالة من الضمانات التي تتخذها الإدارة لمواجهة خطر تقاعس المتعاقد عن تنفيذ التزاماته. وقد نص نظام الأشغال الحكومية في المادة (16) من القانون رقم 71 لسنة 1986 والمنشور في الجريدة الرسمية في العام 1986فقرة (أ) على إلزام المناقص الذي تقرر إحالة العطاء إليه أن يودع(كفالة حسن تنفيذ) خلال أسبوعين من تاريخ تبليغه بذلك تمهيداً لتوقيع العقد فإذا لم يحضر خلال تلك الفترة فيعتبر مستنكفاً وتتم مصادرة الكفالة. وقد استقر القضاء الإداري على أن حق الإدارة في مصادرة التأمين أو الكفالة لا يحرمها من المطالبة بالتعويض إذا كانت أضرار عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته تجاوزت مقدار الكفالة والتأمين[131].

ب - الجزاءات الضاغطة:

قد تلجأ الإدارة إلى فرض جزاءات ضاغطة على المتعاقد معها إذا لم تفلح غرامات التأخير أو مصادرة التأمين أو جزء منه في ردع المتعاقد عن الإخلال بتنفيذ التزاماته، ويختلف الأمر في الجزاء هنا بحسب جنسية المتعاقد مع الإدارة فإن كان مستثمراً أجنبياً وأخل في تنفيذ التزاماته فإن بإمكان الإدارة حرمانه من الامتيازات الممنوحة له جزئياً أو كلياً

([130]) انظر تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1987 المنشورة في عدد الجريدة الرسمية رقم 3211 الصادر بتاريخ 1987/2/1.

([131]) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (93/1204) لسنة 1995، منشورات مركز عدالة.

وأهمها الإعفاءات من الضرائب والرسوم[132]. وإذا عدل عن المخالفة له الحق في أن يطلـب إعادة النظر في قرار حرمانه.

أما الجزاء الضاغط الآخر والذي تفرضه الإدارة على المتعاقد معهـا عنـد إخلالـه بالتزاماته سواء كان وطنياً أو أجنبياً يتمثل في وضع المشروع تحت الحراسة وحلـول الإدارة المانحة للمشروع محل المتعاقد في إدارة المشروع جرت العادة على وضع المـشروع تحـت الحراسة في عقود الامتياز، إلا أن الدستور الأردني لم يورد ما ينص على هذا الجزاء ومدى إمكانية اللجوء إليه وترك ذلك للقواعد العامة، أما جزاء حلول الإدارة المانحة محل المتعاقـد في إدارة المشروع بصفة مؤقتة إلى الوقت الذي ترى فيه أن المتعاقد أصبح جـاهزاً لتنفيـذ التزاماته دون إخلال، فإنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من حلول الإدارة المانحة محـل المتعاقـد كجزاء ضاغط في عقود الــ B.O.T في حالة إخلاله إلا أن الواقع العملي في الأردن لم يأتي بأي مثال لهذا الجزاء.

ج - الجزاءات المنهية للعقد (الفسخ):

يعتبر فسخ العقد من أشد الجزاءات وأخطرها أثراً، لذا فإن الإدارة لا تقدم عليه إلا في الحالة التي ترى فيها أن استمرار العقد مع الإخلال الجسيم للمتعاقد بما اتفق عليه فـي العقـد سوف يضر بالمصلحة العامة. وأننا نرى أن أفضل أنواع الجزاءات المالية هو التعويض لمن لحق الضرر به من أطراف عقد البوت BOT حيث ان التعويض يثبت ويفرض عند تحقـق الضرر وبثبوته يقدر التعويض، كما أننا نرى أن الجهة مانحة المشروع (الدولة) فـي عقـود البوت لا يحق لها فرض أي نوع من الجزاءات وفق إرادتها المنفـردة سـواء كانـت هـذه

([132]) أنظر المادة (10) من قانون الاستثمار الأردني رقم (68) لسنة 2003، التي تعطي لجنة الحـوافز الاسـتثمارية الحق في منح ومنع الإعفاء من الضرائب والرسوم.

الجزاءات مالية أو ضامنة أو فاسخة وإنما يجب ان ترجع في ذلك إلى نصوص وشروط عقد البوت وفي حال عدم وجود نص أو شرط يرتب جزاءات على احد أطراف العقد يجب العودة إلى القضاء المختص لتقرير نوع الجزاء[133].

المطلب الثاني

التزامات الجهة مانحة المشروع

لقد ورد في المطالب السابقة الحقوق التي لشركة المشروع، وما هذه الحقوق إلا الوجه الآخر للالتزامات الواقعة على الجهة المانحة للمشروع، وبما ان عقود البوت عقود بين طرفين فيجب على كِلا الطرفين احترام التزاماتهم التي تمثل حقوق الطرف الآخر. وتبرز أهمية الالتزامات الواقعة على الجهة المانحة للمشروع في عقود البوت في تعلق هذا النوع من الالتزامات بالمشاريع والمرافق الحيوية داخل البلاد التي تسعى الدولة على دوام استمرار العمل فيها دون انقطاع. حيث انه في الأغلب أن هذه المشاريع تقدم خدمة هامة للجمهور مما يجعل من الخطر توقف هذه المشاريع عن العمل. لذلك برزت أهمية هذه الالتزامات الواقعة على الجهة المانحة للمشروع كونها تحول دون توقف العمل داخل هذه المشاريع[134].

من أهم الالتزامات الواقعة على الجهة مانحة المشروع هي:

أولاً: التزام الجهة المانحة بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية.

ان وجود إطار قانوني ثابت وفعال قادر على استيعاب كافة أنواع العقود الاستثمارية ويغطي كافة الثغرات القانونية التي تحول دون استمرار عملية تنفيذ العقود بشكل صحيح، يعد عنصر مهم في جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية وخاصة في عقود البوت، حيث أن

([133]) الجرف، طعيمة، مرجع سابق، ص 409.

([134]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص214.

الاستثمار في عقود البوت يتطلب ثبات في الأطر القانونية خلال فترة العقد التي تستمر فتـرة طويلة من الزمن، ولذلك يجب على الدول التي تهتم بجذب الاستثمارات أن تحـرص علـى وضع القوانين التي تتصف بالثبات والاستمرار فيما يتعلق بعقود البوت B.O.T، وقد سـارت على هذا النهج المملكة الأردنية الهاشمية في قانون التخاصية رقم (25) لـسنة 2000 حيـث ساعد هذا القانون على جذب الاستثمارات، والحيلولة دون قيام بعض المنازعات وقد ظهر في الأردن أيضاً مؤسسة تدعى بمؤسسة تشجيع الاستثمار وجذب الاستثمارات الخارجية وإجـراء التسهيلات لها[135].

وقد يرد في بعض عقود البوت B.O.T نصوص تطالب بـضرورة قيـام الجهـة المانحة باستصدار التصاريح والتراخيص اللازمة لقيام المشروع، وقـد لا تـرد مثـل هـذه النصوص، ولكن يجب على الدولة المساهمة في تسهيل استصدار التراخيص اللازمة للبدء في تنفيذ المشروع، ومن الالتزامات الإدارية الواجب إتباعها أيضاً إزالة كافة العقبات الواقعة على شركة المشروع التي تحول دون تنفيذ عقود البـوت والحيلولـة دون استـصدار التـصاريح اللازمة، مثل تصاريح تحويل الأرباح إلى عملات أجنبية. ومن الإجراءات التـي يجـب أن تتكفل الجهة المانحة بتبسيطها إجراءات التقاضي أمام القـضاء الـداخلي حيـث أن شـركة المشروع تتعرض لمنازعات داخل المشروع مع العمال أو المقاولين مما يعرضها للدخول في منازعات أمام القضاء الداخلي لذلك يجب على الدولة اتخاذ كافة الوسائل التي تـساعد علـى تبسيط إجراءات التقاضي وسرعة الفصل في المنازعة وسرعة استصدار الأحكام القـضائية ،

([135]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص216.

ومن التسهيلات أيضاً المساعدة على إدخال المعدات والآلات اللازمة والسماح للأجانب بتملك الأراضي داخل الدولة ولكن ليس على وجه الإطلاق أي بما لا يضر بمصلحة الدولة [136].

ثانياً: التزام الجهة المانحة بتنفيذ العقد وفق مبدأ حسن النية.

لقد نص القانون المدني الأردني في المادة 1/202 "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".[137]

حسن النية يعد مبدأ من المبادئ العامة في القانون وبالأخص في الروابط العقدية حيث أن الأصل عند تنفيذ العقود يجب أن ينفذ العقد وفق البنود والشروط المتفق عليها في ثناياه وأن ينفذ وفق مبدأ حسن النية في التعامل. فقد يتعارض مع هذا المبدأ قيام الإدارة برفض استلام البضاعة المتفق عليها بموجب العقد رغم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها بحجة وجود شوائب عالقة بها[138].

ونتيجة لما تقدم يجب على الجهة المانحة للمشروع القيام بكافة الأعمال الواجبة عليها بموجب عقد البوت B.O.T والالتزام بحسن النية عند القيام بهذه الأعمال ومن هذه الأعمال القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتسليم موقع المشروع خالياً وصالحاً للتشييد والاستغلال لكي يتسنى لشركة المشروع القيام بالمشروع وفق المواعيد المحددة ومن أبرز الأمثلة على إلزام الدولة بمبدأ حسن النية عند تسليم موقع المشروع ما قامت به دولة فيتنام من إخلاء لأرض المشروع من ساكنيها وتعويضهم بثمن مناسب مقابل هذا الإخلاء، ولعل الدولة قد لا تقوم بإخلاء الموقع إلا وفق اتفاق قد ورد في عقد البوت B.O.T[139]، لذلك يجب على الدولة تنفيذ

([136]) المرجع نفسه، ص 216 – ص217.

([137]) القانون المدني الأردني، المادة رقم 202، فقرة 1.

([138]) مهنا، محمد فؤاد (1967). القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، دار المعارف، ص1180 – ص1181.

([139]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص 202 -203.

العقد بحسن النية، وتطبيقاً لمبدأ حسن النية المذكور في المادة 1/202 مـن القـانون المـدني الأردني فقد صدر قرار للمحكمة الإدارية العليا في 11 أبريل 1970 الذي جاء فيه أنه "طبقـاً لما تقضي به المادة (148) من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليـه وهـذا المبدأ المسلم به في مجالات روابط القانون الخاص، ومقتضى ذلك هو التزام الإدارة بأن تسلم المدعي الأصناف التي كانت حملاً للتعاقد جميعها بالحالة التي كانت عليها وقت انعقاد العقـد ومتى كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حددت مواصفاتها ومقاديرها في العقد الـذي أنعقـد بقول المصلحة، العرض الذي تقدم به المدعي فإن الإدارة تسأل عن كل نقص في مقاديرهـا بحسب ما يقضي به العرف الجاري عليه العمل في المعاملات".

ثالثاً: التزام الجهة مانحة الامتياز باحترام شروط العقد:

من الطبيعي أن يتم إدراج مجموعة من الشروط عند إبرام عقود البوت B.O.T وهذه الشروط ترتب التزامات وحقوق على كلا أطرفي العقد ويجب على الجهة الإداريـة المانحـة للمشروع أن تسارع في تنفيذ هذه الشروط دون أي تراخي، ويجب على كلا طرفـي العقـد احترام هذه الشروط وأن هذا الاحترام للشروط لا يقف على الشروط الصريحة منهـا فقـط، وإنما يمتد إلى الشروط الضمنية والتي تستخلص من العرف والعادات المتبعة ويجـب أيـضاً على الجهة مانحة الامتياز احترام المدة المتفق عليها لتنفيذ هذه الـشروط ولا تتراخـى فـي تنفيذها مثل المدة المحددة لتسليم أرض المشروع أو إخراج التصاريح اللازمة للقيـام بالعمـل وأغلب هذه المدد تحدد في الاتفاقية بشكل واضح لا يقبل التأويل، والسبب فـي ذلـك كـون التأخير في المدد يرتب غرامات على الطرف المقصر في التنفيذ[140].

(140) حسين، أحمد جيهان، مرجع سابق، ص96-97.

رابعاً: التزام الجهة مانحة المشروع بتسليم موقع العمل في الوقت المحدد:

من أبرز الالتزامات الواقعة على الجهة المانحة هو تسليم موقع العمل في الوقت المحدد لذلك لما لذلك من ارتباط وثيق بإقامة المشروع حيث أن أي إخلال بتسليم هذه المواقع في الوقت المحدد يولد خلل في الجدول الزمني المتفق عليه لتنفيذ المشروع في عقود البوت مما قد يؤدي إلى التأخير في تنفيذ المشروع وتسليمه، والبطء في استغلاله بالطريقة المثلى ويجب أن يتم التسليم خالياً من أي معيقات تؤثر سلباً على آلية التنفيذ المتفق عليها ومن أبرز العقبات إدعاء تملكه من قبل الغير[141].

خامساً: التزام الجهة مانحة المشروع بتقديم الدعم للملتزم:

إن تقديم الدعم من قبل الجهة المانحة للمشروع لشركة المشروع تتم من خلال عدة أوجه ومن أبرزها إصدار التصاريح والتراخيص اللازمة لتنفيذ العمل في المشروع وتوصيل الخدمات اللازمة لإتمام وسير العمل في المشروع ومن أبرزها المياه والكهرباء، ووسائل الاتصال. وأن القيام بتقديم مثل هذا الدعم لشركة المشروع يؤدي إلى سير المشروع على أكمل وجه وتجنب التراخي في تنفيذ المشروع والوقوع في أي إشكاليات في تنفيذ كافة مراحل المشروع بالأوقات والمدد المحددة وفق العقد[142].

([141]) إلياس، ناصيف، مرجع سابق، ص288.

([142]) المرجع نفسه، ص289.

الفصل الرابع

طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T) والقانون الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

تنتهي عقود البوت (B.O.T) كسائر العقود نهاية طبيعية بانتهاء المدة المتفق عليهـــا، وقد تنتهي عقود البوت (B.O.T) نهاية غير طبيعية قبل مدتها المحددة في العقد، وهنا قد تنشأ بعض الإشكاليات والمنازعات الأمر الذي يتطلب تسوية هذه المنازعـــات بأشـــكال مختلفـــة، كالتفاوض والتحكيم وغير ذلك(143).

ومع زيادة الاعتماد على القطاع الخاص وانتشاره بصورة متزايدة في المشاريع العامة عن طريق التمويل المباشر، أو عن طريق الخصخصة وإما عن طريق وسط بين الاثنين وهي مشاريع التمويل الذاتي من قبل المتعهد في عقود (B.O.T) ونظراً للدور المهم الذي تقوم به هذه العقود من دفع لعجلة الاقتصاد للبلاد وذلك بتشجيع الاستثمار الأجنبـــي وجـــذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية لإنشاء مشروعات البنية الأساسية، ومن التخفيف علـــى موازنـــات الدول لابد من تفسير النظم القضائية بما يتماشى مع رغبة المستثمر الأجنبي الذي يـــشك فـــي حياد القاضي الوطني ولا يرغب في تطبيق قانون وطني لا يعلم شيئاً عن أحكامه نظراً للفترة الزمنية الطويلة التي يستمر خلالها تنفيذ عقد البوت (B.O.T) والتي تصل إلى 25 عاماً فـــي المملكة الأردنية الهاشمية، فمن الطبيعي أن يثور النزاع بين أطراف العقد في أي مرحلة مـــن مراحله سواء كان ذلك خلال (مرحلة الإنشاء أو التنفيذ أو الاستغلال).

وفي كثير من الأحيان قد تتعارض المصالح بين أطراف عقد البوت، إلا أنـــه مـــن الضروري وجود عقود جانبية ووسائل تهدف إلى معالجة أي نزاع يطرأ على العقد الأصـــلي

---

(143) طالب، جمال حسين، مرجع سابق، ص34.

والذي يهدف إلى بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى إلى الدولة. ومثل هذه الخصوصية التي تتميز بها حزمة عقود المشروعات تتطلب التعجيل بتسوية المنازعات التي تنشأ في إطارها وذلك من أجل عدم تعطيل تشييد المشروع وضمان تقديم خدماته باضطراد وانتظام خلال فترة العقد وتجنب وقوع أي منازعات قد تعطل سير المشروع[144].

ولمزيد من التفصيل نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المبحث الثالث: القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

المبحث الأول

الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

تكفل الدساتير والتشريعات بدول العالم كافة للأفراد والأشخاص في اللجوء إلى القضاء وذلك لرفع أجور أو للمطالبة بحق يدعي أن طرفاً ما قد سلبه إياه، ولذلك يحق للمتعاقد مع الإدارة دائماً في عقود البوت(B.O.T)أن يقاضي جهة الإدارة ويطلب من المحكمة أن تقضي بفسخ العقد مع التعويض لإخلالها بأحد الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، وهنا قد يتم اللجوء إلى عدد من وسائل التسوية القضائية لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الإدارة وصاحب المشروع[145].

([144]) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم ، مرجع سابق، ص83.

([145]) جعفر، أنس (2007). العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه بالقانون (99) لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات 2006 مع دراسة لعقود الBOT، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، ص373.

وقد ذهبت العديد من التشريعات ومنها التشريع الأردني أن الاختصاص وفقاً للقواعد العامة ينعقد لقضائها الوطني، خصوصاً عندما يتعلق النزاع بالالتزامات التي تنشأ أو تنفذ أو إذا كان واجباً تنفيذها في نطاق إقليم دولة القاضي[146]. وبما أن عقود البوت(B.O.T) تهدف أساساً إلى إنشاء وتنفيذ واستغلال مشروع معين، فإن قضاء الدولة المقام على أرضها مثل هذه المشاريع هو القضاء المختص بنظر أي نزاع يتعلق فيه، بناء عليه إذا أقيم مشروع ما على أرض المملكة وثار نزاع بين أطرافه فمن الطبيعي وفقاً للقواعد العامة أن ينعقد الاختصاص لقضائها الوطني، وينسجم هذا مع العديد من التشريعات كالتشريع المصري[147].وإن اختصاص القضاء الوطني ثابت في عقود البوت(B.O.T) سواء اتفق الأطراف صراحة على اختصاصه أو لم يتفقوا أو إذا كان سبب النزاع من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مما يجعل التحكيم فيها أمرّ غير جائز وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) . ولكن السؤال هنا هو ما مدى جواز اختصاص القضاء الأجنبي في نظر منازعات عقود البوت(B.O.T)؟ وللإجابة على ذلك لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وكما يلي:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الأردني في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

([146]) انظر المادة (102) من الدستور الأردني المنشور في الصفحة (3) من عدد الجريمة الرسمية رقم (1093) بتاريخ 1952/1/8، وانظر أيضاً المادة (27) والمادة (28) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 والمعدل بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001، وتم نشر هذا القانون على الصفحة (1252) من عدد الجريمة الرسمية رقم (4480) الصادر في 2001/3/18 حيث عدل القانون المنشور على الصفحة (735) من عدد الجريدة الرسمية رقم (3545) الصادر بتاريخ 1988/4/2.

([147]) نصار، جابر جاد ، مرجع سابق، ص362.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الأجنبي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

المطلب الأول

الاختصاص القضائي الأردني في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

بينّا فيما سبق بأنه قد تنشأ العديد من المنازعات في عقود البوت (B.O.T) ، وقد تباينت اتجاهات التشريعات المختلفة في السند التشريعي بالاختصاص القضائي لنظر هذه المنازعات، وبما أن الحديث يتناول الاختصاص القضائي الأردني في تسوية هذه المنازعات فلا بد من العودة إلى القواعد العامة، وذلك ببيان الجهة ذات الاختصاص في نظر هذه المنازعات. وللإجابة عما سبق فإن الاختصاص في الأردن ينعقد لقضائها الوطني[148].

أولاً: السند التشريعي لاختصاص القضاء الأردني في عقود البوت (B.O.T):

اتجهت غالبية الأنظمة العربية نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء واستغلال مرافق البنية الأساسية في كثير من القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والطرق وغيرها ،لكن التنظيم التشريعي لم يبرح مكانه حيث أحجمت أغلب تلك الأنظمة على إصدار تشريع عام ينظم هذا التطور إلا بالقدر اليسير مما يتطلب إصدار قوانين خاصة في هذا المجال[149].

وبالعودة إلى القواعد العامة نجد أن الجهة المختصة في نظر منازعات عقود البوت (B.O.T) وفقاً للقواعد العامة هي القضاء الأردني، ونجد ذلك واضحاً بالرجوع إلى نص

([148]) حواطمة، خالد مصطفى (2003). سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، ص55.

([149]) جبريل، جمال عثمان (1999). الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص83.

المادة (102) من الدستور الأردني والتي جاء فيها: (تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوي التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام هذا الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول) [150].

كما نجد أن المحاكم المختصة بنظر النزاع هي المحاكم النظامية، وقد أكدت ذلك المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية عندما نصت على أنه: (تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر) [151]. كما ورد نفس مضمون هذا النص في المادة (27) الفقرة الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية، بينما نصت فقرتها الثانية على أن: (تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمناً)، كما أضافت المادة (28) من نفس هذا القانون أن اختصاص القضاء الأردني لا يقتصر على منازعات المواطنين فقط وإنما يتجاوز ذلك ليختص في نظر منازعات الأجانب في حالات معينة، حيث نصت هذه المادة بأنه: (تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية:

1 - إذا كان له في الأردن موطن مختار.

---

(150) انظر الدستور الأردني المنشور في الصفحة رقم (3) من عدد الجريدة الرسمية رقم (1093) بتاريخ 1952/1/8. وانظر أيضاً مفلح القضاه، 2004، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر، عمان، ص122 وما بعدها.

(151) انظر قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (17) لسنة 2001، المنشور على الصفحة (1308) من عدد الجريدة الرسمية رقم (4480) بتاريخ 2001/3/18.

2 - إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نـشأ أو نفـذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

3 - إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن[152]. وبعد الإطـلاع علـى كافة النصوص السابقة يتضح لنا أن القانون الأردني هو المختص في نظـر المنازعـات الواقعة على إقليم الدولة وعلى الأشخاص أيضاً، وقد ورد حكم قـضائي لمحكمـة بدايـة عمان بما يلي: (إن المحاكم النظامية هي التي تخـتص بمقتـضى الدسـتور فـي كافـة المنازعات بين الأفراد ولا يملك أن ينتقص بقانون شيئاً من هذه الولاية العامـة، كمـا لا تملك السلطة التنفيذية ذلك بنظام وإلا كان ذلك عدواناً على الدستور)[153].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بقولهـا: (تخـتص المحـاكم الأردنية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها عملاً بالمـادة (28) مـن قانون أصول المحاكمات المدنية) [154].

ثانياً: الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع في عقود البوت (B.O.T):

بالعودة إلى القواعد العامة نجد أن الجهة المختصة بنظر النزاعات في العقود بـشكل عام وعقد البوت (B.O.T) هو القضاء العادي، حيث يتم النظر في هذه المنازعات في محكمة البداية والصلح وحتى محكمة التمييز، ونجد ذلك واضحاً من خلال نص المـادة (100) مـن الدستور الأردني، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز، ولمزيد من التوضيح نجد أن الدسـتور

([152]) انظر قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001 والمنشور على الصفحة (1252) من عدد الجريمة الرسمية رقم (4480) الصادر في تاريخ 2001/3/18 حيث عدل القانون المنشور على الصفحة (735) من عدد الجريدة الرسمية رقم (3545) الصادر بتاريخ 1988/4/2.

([153]) حشاش، الظفيري مدلول، مرجع سابق، ص146.

([154]) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1586 لسنة 1995.

الأردني قد نص في المادة (100) على أنه: (تعين أنواع جميع المحاكم ودرجاتهـا وأقـسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص، على أن ينص هذا القانون على إنـشاء محكمـة عدل عليا). إلا أن المشرع الأردني تأخر كثيراً في إصدار هذا القانون حيث صـدر قـانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة (1989) والذي تم تعديله بالقانون رقم (12) لسنة (1992) [155]. ولكن هذا القانون وإن أوجد ازدواجية قضائية في الأردن، إلا أنه لم يلبي كافة الطموحات التي كانت معقودة على صدوره، وذلك بسبب قيام المشرع في المادة التاسعة مـن قانون محكمة العدل العليا بتعداد اختصاصاتها على سبيل الحصر[156]. وبعد الإطـلاع علـى اختصاصات محكمة العدل العليا من خلال نص المادة التاسعة لقد ظهر واضحاً أن العقود التي ترتبط مع الإدارة ليست من اختصاص محكمة العدل العليا وهذا ما ينطبق على عقود البـوت B.O.T وإنما من اختصاص القضاء العادي[157].

ولقد وردت مجموعة من قرارات محكمة العدل العليا تؤكد على اختصاص القـضاء العادي في نظر كافة أنواع العقود سواء كانت الإدارة طرفاً فيها أم لا ومن هـذه القـرارات أولاً: (لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على المنازعة الخاصـة بانعقـاد العقـد أو صـحته أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية) [158]. وكذلك قرارها الذي جاء فيه: (إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقـاً بعقـود

([155]) منشور في الجريدة الرسمية عدد رقم (3813) صفحة (516) بتاريخ 1992/3/25 وحل محـل قـانون محكمـة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة 1989.

([156]) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (91/131) لسنة 1992، الخطيب، نعمان (2001). مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، ط1، دار الثقافة للنشر، ص26.

([157]) الظفيري، مدلول حشاش، مرجع سابق، ص147.

([158]) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (79/40) لسنة 1980، نعمان الخطيب، مرجع سابق، ص48.

إدارية ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها)[159].

المطلب الثاني

اختصاص القضاء الأجنبي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

ينعقد الاختصاص وفقاً للقواعد العامة في الأردن في نظر منازعـــات عقـــود البـــوت (B.O.T) لقضائها الوطني، وهنا يثور التساؤل التالي: فيما إذا كان المستثمر في عقد البـــوت (B.O.T) أجنبياً فما هو موقف المشرع الأردني في حالة وجود مثل هذا البند؟

ونجد أن المشرع الأردني قد بين أنه لا يجوز للقضاء الأجنبي النظر فـــي منازعـــات عقود البوت (B.O.T) في المشاريع المنفذة في الأردن، وهذا ما أكدته نص المادة (102) من الدستور بأن القضاء الأردني هو صاحب الولاية العامة في كافة المنازعات التي تنـــشأ علـــى إقليم الدولة كقاعدة عامة، إلا ما استثني بنص خاص[160]. كما نصت المادة (28) من قـــانون أصول المحاكمات الأردني في فقرتها الثانية على أن تختص المحاكم الأردنية في كل التـــزام ينشأ أو ينفذ أو إذا كان واجباً تنفيذه في إقليم الدولة حتى وإن كـــان صـــاحب هـــذا الالتـــزام أجنبيا[161]. وبما أن عقود البوت (B.O.T) المنفذة في الأردن هي عبارة عن اتفاق مبرم بين المستثمر والإدارة ويرتب هذا الاتفاق التزامات على المستثمر فيجب أن تخضع هـــذه العقـــود

([159]) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (77/106) لسنة 1978، نعمان الخطيب، مرجع سابق، ص50 وما بعدها.

([160]) انظر نص المادة في الدستور الأردني الصادر في 1952/1/8.

([161]) انظر قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001.

لاختصاص القضاء الأردني وإن أي اتفاق على منح الاختصاص لقضاء أجنبي يعد باطلاً وذلك لكون تحديد الاختصاص القضائي هو أمر يتعلق بالسيادة المطلقة للدولة [162].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية عندما تعرضت في أحد قراراتها إلى انعقاد الاختصاص للمحاكم الأردنية[163].

ونرى مما سبق أن ما ذهب إليه المشرع الأردني هو عين الصواب، حيث أن المحاكم المنتشرة في الأردن وعلى اختلاف درجاتها تستطيع النظر في منازعات ناشئة عن عقود الB.O.T وتستطيع عمل التسوية القضائية المناسبة بين صاحب المشروع والجهة الإدارية ذات العلاقة، مما يحقق العدالة بين جميع الأطراف، كما أن ذلك يؤكد أن الاختصاص القضائي هو من مظاهر السلطة السيادية في الدولة، لذلك لا يجوز بأي حال من الأحوال أن ينظر القضاء الأجنبي في هذه المنازعات ويجب أن تسند إلى القضاء الوطني في الأردن.

المبحث الثاني

التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد (B.O.T)

نجد أن المنازعات الناشئة في عقود الB.O.T قد تأخذ وقتاً طويلاً، وذلك لأن العقد يمتاز بأنه ذو طبيعة فنية ومركبة، ومن هنا فإن إيجاد وسائل لتسوية هذه المنازعات تحقق مصالح أطراف العقد، وتحافظ على التوازن المالي والفني للعقد هو أمر مطلوب وذلك لضمان سير المرفق بانتظام واضطراد[164].

([162]) انظر: الزعبي، عوض أحمد (2003). أصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، الاختصاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ص208.

([163]) انظر قرار محكمة التمييز رقم (95/643) لسنة 1997.

([164]) عبد العظيم، حمدي (2006). دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص13.

أما ما تمتاز به وسائل التسوية فهي[165]:

- أن هذه الوسائل تقوم على اقتناع طرفي العقد بها وبجدواها، وسرعة الوصول من خلالها إلى الحل المناسب للنزاع ودون اللجوء إلى إجراءات معقدة.
- أنها تقلل حجم الخسائر الناتجة عن سبب المنازعة لا بد إنها قد تؤدي إلى تحقيق عائد مادي إلى أحد طرفي العقد دون خسارة الطرف الآخر.
- أنها تتناول أسباب النزاع أكثر من تناولها لجوانبها القانونية، وتهدف إلى الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفي العقد بدون رضاهما.

ومن أكبر الأمثلة على استخدام هذه الوسائل غير القضائية ما جاء في نص المادة (1/19) من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي: "على طرفي العقد بذل كافة الجهود لحل أية نزاعات تنشأ بينهما بالطرق السليمة، سواء تعلق النزاع بخرق لنصوص الاتفاقية أو بطلان أو إنهاء أو تفسير بنود الاتفاقية، وفي هذا الصدد فإن على طرفي العقد تحديد ممثلين لهم للاجتماع كل أربعة أشهر وبشكل دوري لمناقشة الأمور العالقة بينهما ومحاولة الوصول إلى حل سلمي بشأنها"[166]. ومن الوسائل المتنوعة التي يتم اللجوء إليها وتعد وسائل سلمية لحسم المنازعات الناشئة عن هذه العقود التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم، حيث أن لكل منها مسلك يختلف عن المسالك الأخرى، وله أيضاً شروط تختلف لكل نوع أو وسيلة من وسائل التسوية، وهذا ما سيتم بحثه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).

المطلب الثاني: دور التوفيق والتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).

([165]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص274.

([166]) المادة (1/19) من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي.

المطلب الأول

دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

أولاً: دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

يمكن تعريف التفاوض بأنه حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم(167). وتأتي عملية التفاوض في عدة مراحل، ومن هذه المراحل: مرحلة إبرام العقد وذلك عند إبرامه فينصب التفاوض على بنود العقد ذاته وضمانات حسن التنفيذ وقد تكون المفاوضات في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وأثناء تنفيذه وذلك إذا ما ثار نزاع حول آلية التنفيذ، أما بالنسبة للمفاوض فقد يكون التفاوض عن طريق شخص واحد أو عن طريق فريق كامل كي يساعد كل منهما الأخر في إيجاد آلية وحلول لفض النزاع الناشئ وإن وجود فريق كامل من المفاوضين هو ضمانة لإيجاد الحلول المناسبة، وإن أهم عوامل التفاوض هي الرغبة الصادقة في إيجاد الحل (168). كما يتعين أن يكون كل فريق من فريقي التفاوض لديه الرغبة الصادقة في الوصول إلى حل النزاع وتسويته.

ولكون المفاوضات ذات أثر مهم في حل النزاعات وإيجاد الحلول السلمية فإننا سوف نقوم بذكر أهم خصائص عملية التفاوض ومن هذه الخصائص:

(167) حبش، إبراهيم (2002). التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص468. انظر كذلك: الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص267.

(168) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص267.

1 - أن عملية التفاوض تهدف إلى فض النزاع وإيجاد الحلول للخلافات أو الوصول إلى اتفاق حول القضية التي يدور حولها التفاوض ولكن بقاء عملية التفاوض مرهون ببقاء المصالح المشتركة بين أطراف النزاع الذي يجري حوله التفاوض.

2 - أن الآثار التي تترتب على عملية التفاوض هي أشمل من الوقوف على إبـــرام العقـــد أو إتمام الاتفاق بين الطرفين فقط وإنما تمتد على إلى المستقبل حيث لا تقف علـــى معالجـــة مشاكل الحاضر وإنما تمتد إلى المستقبل(169).

3 - لكي يستطيع المفاوض إتمام عملية التفاوض بنجاح وأداء دوره بشكل فاعل يجب عليه أن يمتلك مهارات معرفية شاملة مثل المعرفة القانونية والاقتصادية والـــسياسية والـــسلوكية والإدارية وغيرها(170).

أن الهدف الرئيسي للتفاوض هو وجود نزاع وهذا النزاع يولد نـــوع مـــن تعـــارض المصالح بين الأطراف ولذلك يظهر التفاوض، ولبقائه لا بد من وجود نوع من النزاع حتـــى ولو على المستوى الإدراكي(171).

وإذا ما انتهت عملية التفاوض فإننا نكون أمام احتمالين هما:

الأول: انتهاء المفاوضات بنجاح والوصول إلى الحل النهـــائي للنـــزاع المعـــروض وبالتالي لا يكون هناك حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم وبالتالي تعود العلاقة بين الطرفين إلى سابق عهدها إلا أنه يتعين على الطرفين إثبات هذا الحل في محـــرر وذلـــك منعـــاً مـــن المنازعات حوله في المستقبل بحيث يكون هذا المحرر حجة على الطرفين.

---

(169) إدريس، عبد الرحمن (2001). التفاوض مهارات وإستراتيجيات، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص40.

(170) جواد، شوقي ناجي، وأبو القحف، عباس غالي (1991). التفاوض مهارة وإستراتيجية، بغداد، ص33.

(171) معلا، ناجي (2000). التفاوض الإستراتيجية والأساليب (مدخل الحـــوار الاقنـــاعي)، الطبعـــة الثانيـــة، الأردن، ص35.

والثاني: إخفاق الطرفين في الوصول إلى تسوية للنزاع بطريق التفاوض وهنا يجــب على الطرفين أو أحدهما إلى اللجوء للوسائل الأخرى لفض النزاع الناشئ ومن هذه الأســاليب التحكيم أو الوساطة أو اللجوء إلى القضاء وذلك وفق ما لجــأت إليــه إرادة الطــرفين فــي العقد[172].

ويعد التفاوض وسيلة فعالة من الوسائل التي تستخدم لفض المنازعات في عقود البوت كما تبين لنا من خلال العرض السابق، كما يعد التفاوض من انجح الوسائل حيث أن التفاوض يوفر الوقت ويسير نحو الحل السلمي بعيدا عن المحاكم وإجراءاتها وهذا ما يبحث عنه كــلا طرفي عقد البوت، وذلك كون عقود البوت تقوم على مــشاريع حيويــة لا تعتمــد التعطيــل والتوقف، لان أي خلل فيها يؤدي إلى ضرر كبير يقع على الجمهور، ولذلك يعد التفاوض من أفضل الأساليب لتجنب النزاع.

ثانياً: دور الوساطة في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T)

ويقصد بالوساطة قيام طرف ثالث محايد خلاف للطرفين القائم بينهم النزاع، بالتوسط بينهم من أجل تقريب وجهات النظر بين الطرفين الناشب بينهم النزاع[173]، ويجب أن تتــوافر في الوسيط مجموعة من الشروط من أهمها:

1- يجب أن يكون الوسيط معروف لكلا الطرفين.

2- يجب أن يكون الوسيط محل ثقة لكلا الطرفين.

3- يجب أن يكون الوسيط على درجة من الحياد والموضوعية إلــى عــدم التحيــز لأحــد الأطراف دون الآخر.

([172]) الحمود، مرجع سابق، ص277-278.

([173]) ندوة (بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات) عمان، 5-6 كانون أول 2006، المعهــد القــضائي الأردنـــي بالتعاون مع المدرسة الوطنية للقضاء الفرنسي، 2006.

4 - يجب على الوسيط عدم فرض آراء أو تصرفات على أحد طرفي التفاوض[174].

وتعد الوساطة إحدى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وبكونها إحدى البـدائل التـي يلجئ إليها أطراف النزاع للوصول إلى التسوية، وإن كانت تتشابه مع التوفيق إلى أنها تختلف عنه في بعض الحالات، فالوسيط يتردد بين أطراف النزاع كل طرف على حـدا، والوسـيط يكون دائماً شخص محايد ولا يقوم بجمعهم في اجتماعات مشتركة وتكمل هذه الـصفات فـي الوسيط من أجل التوصل إلى صيغة مرضية بين أطراف النزاع، حيث يقوم بالتنقل بينهم مـن أجل التوصل إلى حل يخدم كلا طرفي النزاع مع العلم أن القرار الناتج عن الوسـاطة غيـر ملزم للأطراف إلا أن هذه الوساطة تحظى بقبول الأطراف مما يؤدي إلى نجاحها[175].

وهناك مجموعة من المبادئ يجب الأخذ بها لكي تكون الوساطة إيجابية ومثمرة وهي:

أ - فصل الفرقاء عن موضوع النزاع: إن الإنسان بطبيعته يأخذ المواقف ويتحيز لها، ويتعنت لرأيه ويعتبر أن أي نقد موجه لهذا الرأي هو موجه له شخصياً، لذلك يسعى الوسـيط دومـاً بالتركيز على موضوع النزاع وبفك الارتباط كلما اتخذ هذا النزاع الطابع الشخصي.

ب - التركيز على مصالح الفرقاء في النزاع: يقوم الوسيط النـاجح أثنـاء عمليـة التوسـط بالتركيز على مصالح الفرقاء في النزاع وليس على مـواقفهم، لأن المواقـف مـستمدة مـن المصالح ومن الصعب التوصل إلى نتائج مرضية في الوساطة بحصر المواقف التي تتـصف بالجمود بينما المصالح مرنة وقابلة للمساومة.

ج - نجاح الحل بتعدد خياراته: يجب أن يطرح طرفي النزاع خيارات عدة لحل النزاع وديـاً ولكن في الأغلب لا يقوم الخصوم بطرح الحلول لكي لا يوحي هذا الطرح للحلول بالـضعف

([174]) إدريس، ثابت عبد الرحمن (2001). التفاوض مهارات واستراتيجيات، الدار الجامعية، ص58.

([175]) السيد، محمد صلاح (1993). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص44.

والتنازل ولذلك يجب على الوسيط الثبات مع أطراف النزاع لطرح أكبر عـــدد ممكـــن مـــن الخيارات لإيجاد الحل.

د - العوامل الضاغطة في المنازعات: تظهر عدة عوامل ضاغطة على مجرى المفاوضـــات الصلحية منها ذاتية وغير ذاتية تفاعلية ويجري دور الوسيط في خلق توازن بين أطراف العقد من أجل عدم وضع هذه العوامل الضاغطة محـــل اعتبـــار وعامـــل يـــؤثر علـــى مجـــرى المفاوضات(176).

وتبرز أهمية الوساطة من خلال اختصار الوقـــت والجهـــد، فـــأطول الوســـاطات لا تستغرق أشهراً قليلة، بينما يمكن أن تستغرق الدعوى – في ساحات المحاكم أو بعض الوسائل الأخرى – عدة سنوات كما أن الوساطة تختصر النفقات المالية والجهد، حيث إنها لا تتطلـــب إلا مصروفات قليلة، إذا ما قورنت بنفقات التحكـــيم، ومـــصروفات التقاضـــي مـــن أتعـــاب ورسوم(177).

وتكفل الوساطة قدراً من السرية والخصوصية أثناء القيام بها، إذ يجب على الوســـيط أن يحتفظ بقدر من السرية والحياد بين الأطراف ويمنح سلطة تسوية المنازعـــات مـــن قبـــل الأطراف المتنازعة.

ويقع الاتفاق على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات أثناء التعاقد، أو عنـــد نـــشوب النزاع، وقد تقيد بقيد زمني، يقتضي إنجازها في وقت محدد، قبل اللجوء إلى القضاء، غير أنه

---

(176) المنذر، هادي (2004). الحلول البديلة للنزاعات القضائية (دليل تطبيقي مفاوضات – وساطة – تحكيم)، بيروت، ص36 -44.

(177) الأحدب، عبد الحميد (2001). عقود التمويل مع التشغيل B.O.T، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر وزارة الماليـــة والبنك الإسلامي، القاهرة، 27و28 يناير، ص11.

في جميع الأحوال يجب أن يشتمل اتفاق الوساطة على أمــرين: الأول: آليــة ســير عمليــة الوساطة وذكر تاريخها، ومكانها، وتكاليفها، والشخص الذي يقوم بها.

الثاني: "الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة، ويتضمن كيفية اختيــار القــانون الواجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط في الأخذ بمبادئ العدالة كبديل عــن القــانون لحــسم النزاع، وماهية الإجراءات المستخدمة"[178].

نتائج الوساطة:

1 - نجاح الوساطة: عند توصل الوسيط إلى تسوية كلية للنزاع فإن الوساطة تكون قد نجحت.

2 - فشل الوساطة: وتكون الوساطة قد فشلت في حال عدم توصل الوسيط إلى تسوية للنــزاع الناشئ سواء كان هذا الفشل بسبب وصول الأطراف إلى طريق مسدود أو نتيجة تغيــب الخصوم وعدم قيامهم بمتابعة إجراءات الوساطة[179].

وتعد الوساطة بمثابة صمام الأمان الذي يلجئ إليه أطراف عقد البوت وذلك خوفــا مــن الدخول في المنازعات القضائية أو التحكيم الذي غاليا ما يحتاج إلى وقد وتكلفة عالية، إذا ما قورنت بالوساطة التي تحتاج إلى تكاليف قليلة، وهذا ما يجعل اغلب الأطــراف فــي عقود البوت ينصون عليها عند إبرام عقود البوت (B.O.T).

([178]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص280.

([179]) بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات، المعهد القضائي الأردني، 2005، ص52.

المطلب الثاني

دور التوفيق والتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

أولاً: دور التوفيق والتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

التوفيق: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهم بطريقة ودية(180).

وتظهر طبيعة عمل الموفق في تقديم اقتراحات وحلول تهدف إلى مساعدة الأطــراف في التوصل إلى تسوية لإنهاء النزاع القائم، حيث يختلف الموفق عن القاضي فــي كونــه لا يفصل في النزاع وإنما يقدم اقتراحات للتوصل إلى تسوية ودية لذلك النزاع، حيث تدور عملية التوفيق من خلال مساعٍ حميدة يبديها الموفق وهذه الحلول والاقتراحات لحل النزاع لا تكــون ملزمة للأطراف فلهم حرية القبول أو الرفض غير أن اطمئنان أطراف النزاع إلــى الموفــق يجعل اقتراحاته وحلوله محل اعتبار ورضا لهم، ومما يزيد من مصداقية الموفق في العقــود الإنشائية وعقد البوت بشكل خاص أن يكون الموفق متخصصاً في صناعة الإنشاءات وعلــى علم ودراية بهذا النوع من المشاريع، ولذلك من الأفضل أن يكون ذا خبرة فنية وعمليــة فــي مواجهة مشاكل صناعة البناء، ويجب أن يكون على درجة من المعرفة القانونية في حال نشوء خلاف حول تفسير العقد أو أحد بنوده(181).

أما عن آلية تحديد الموفق فإن تحديده يعود إلى أطراف النزاع فهم من يحــدد كيفيــة اختيار الموفق وكيفية اختياره والقواعد التي تحكم عمله، وفي الأغلب يتضمن العقد الإشــارة

---

(180) أبو العينين، محمد، مرجع سابق، ص11.

(181) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص281.

إلى بنود أو مجموعة من القواعد التي يحل النزاع على أساسها ومن أبرز لجان التوفيق في هذا المجال لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي [182].

ويعد التوفيق من الأمور المهمة في إنهاء النزاع الناشئ حول عقود البوت حيث يقدم مساعدة للأطراف لتسوية هذا النزاع من خلال مساع حميدة يقوم بها طرف ما، مما يؤدي إلى حل النزاعات بعيدا عن الطرق القانونية.

ثانياً: دور التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

نظراً لأن الطرف الآخر في أغلب عقود البوت هو أجنبي أو غير أجنبي، فإن ثقته في حيدة القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي غالباً ما تكون منعدمة، لذلك يلجأ هذا الطرف إلى التحكيم لتجنب اللجوء إلى القضاء الوطني. ونظراً لما يتسم به التحكيم من سرعة ومرونة في الإجراءات، أما الطرف الآخر فتتمثل بالدولة فإنه لا يعارض وجود شرط التحكيم، رغبة منه في تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع القيام بها بسبب ضعف الإمكانات المادية والتقنية، إضافةً إلى ذلك فإن شرط التحكيم لا يمثل انتقاص أو اعتداء على سيادة الدولة[183]. ونظراً لأهمية هذه الوسيلة في فض النزاعات بين أطراف النزاع سواء كانت الدولة أم القطاع الخاص فإننا سوف نقوم بإيراد تعريف التحكيم:

فالتحكيم في اللغة هو من الحكم بالضم أي القضاء ويقال حكم عليه بالأمر حكماً والحاكم منفذ الحكم كالحكم (بفتح الحاء والكاف) [184] وفي الاصطلاح القانوني: هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم ولا يعتبر تعهداً بتأدية نقود في وقت معين[185].

([182]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص282.

([183]) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم ، مرجع سابق، ص158.

([184]) القاموس المحيط، باب الميم، فصل الحاء، بيروت، مؤسسة الرسالة، للفيروز أبادي، ص1415.

([185]) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، الملكية القانونية، ص42.

ويعود انتشار التحكيم كوسيلة لفض النزاع في العقود بشكل عام وعقود البوت بــشكل خاص إلى عدة مزايا ومن أهمها:

1 - السرعة: إن أهم ميزة من مزايا التحكيم هي السرعة، حيــث يتجنــب أطــراف العلاقــة القانونية طرح منازعاتهم على القضاء وذلك لما تتسم به إجراءات التقاضــي مــن بــطء وتعقيد، حيث من المؤكد استطالة أحد أطراف النزاع بــسبب تعــدد درجــات التقاضــي وإمكانية الطعن في الأحكام وتفرع إشكالات التنفيذ التي تحكمها اعتبــارات المــدد فــي الخصومة وعلا العكس تماماً فإن التحكيم يتم عادة دون تقيم بإجراءات التقاضي عدا مــا يتعلق بالنظام العام كحق الدفاع، وبذلك يكون التحكيم إحدى الوسائل لتجنب اللجوء إلــى المحاكم والتخلص من البطء التي تتسم به(186).

2 - السرية: إن الأصل هو العلنية في التقاضي، حيث أن إجراءات التقاضي تتــسم بالعلنيــة سواء في الجلسات أو النطق بالحكم وعلى العكس من ذلك فإن التحكــيم يتــسم بــسرية إجراءاته وخصوصيتها بما يحقق مصلحة الخصوم وذلــك لتعلــق التحكــيم بمنازعــات اقتصادية ومعلومات قد يحرص الأطراف على كتمانها وتظهر أهمية سرية المعلومات في مجال الأنشطة التجارية لما للتجارة من أسرار وذلك فإن السرية في التحكيم تكون مفيــدة في المعاملات التجارية والعلاقات التجارية الدولية وتأكيداً على سرية التحكــيم فإنــه لا يجوز نشر أي حكم إلا بموافقة أطراف النزاع ونظراً لأهمية السرية في التحكيم فقد تــم إنشاء هيئات دائمة للتحكيم تعنى بالمحافظة على سرية المعاملات الاقتصادية(187).

---

(186) الضراسي، عبد الباسط محمد عبد الواسع (2008). النظام القانوني لاتفاق التحكيم، صنعاء، المكتبــة الجامعيــة الحديثة، ص50.

(187) حسن، علي عوض (2009). التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص30-31.

3- المرونة وبساطة الإجراءات: إن القضاة في المحاكم النظامية يكبلون بالقانون وإجــراءات وملزمون بمراعاة نصوصه فإذا جاءت أحكامهم مخالفة لنص فإنها عرضة للنقض ســواء من محكمة الاستئناف أو التمييز وعلى العكس تماماً فإن التحكيم يتم دون الرجــوع إلـــى قواعد قانون أصول المحاكمات ما لم يتعلق بالنظام العام ويتسم التحكيم ببساطة إجراءاته، حيث أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأشمل من القضاء في المحاكم النظامية بكل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات والاتصال بالأطراف وإدارة الجلسات وتنظيمها، وبذلك فإن التحكيم يتجنب كافة الإجراءات الشكلية ما لم يمس النظام العام[188].

4- قلة التكاليف: من المعروف أن اللجوء إلى القضاء في المملكة الأردنية الهاشمية يحتـــاج إلى رسوم وأتعاب محاماة سواء كانت هذه الرسوم هي لتسجيل القــضايا أم للإجــراءات الأخرى وقد تطرأ إشكالات أثناء مرحلة التقاضي تحتاج إلى مصاريف وعلـــى العكــس تماماً فإن نظام التحكيم لا يحتاج إلى مبالغ عالية ورسوم حيث أن الأصـــل فـــي نظـــام التحكيم اختياري بحيث ينتهي به النزاع رضاءً وحتى التحكيم الإجباري فإن نفقاتـــه أقـــل بكثير من نفقات التقاضي العادية[189].

5- حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة: إن ما يزرع الثقة لدى أطراف النزاع في نظام التحكيم هو مقدرتهم على اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غيـــر مباشـــرة عن طريق اختيار الجهة التي يحق لها تحديد المحكمين حيث عند تحديد المحكمين من قبل أطراف النزاع يتم اختيارهم وفق خبرتهم في مجال النزاع وقدرتهم على تحكـــيم النـــزاع

---

(188) الضراس، عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص52 -53.

(189) حسن، علي عوض، مرجع سابق، ص28.

ويتم اختيار المحكم وفقا لمبدأ الثقة على العكس تماماً من مبدأ التقاضي فإن التقاضي في المحاكم العادية لا يحق فيه لأطراف النزاع اختيار القاضي أو الهيئة القضائية(190).

انتهاء خصومة التحكيم:

قد تنتهي خصومة التحكيم بصدور الحكم المنهي للنزاع الذي وافق أطراف العقد على إخضاعه للتحكيم، وأن هذا الحكم هو الغاية المرتقبة من اللجوء إلى التحكيم، حيث أن ذهاب الأطراف إلى التحكيم ما هي إلا للابتعاد عن القضاء العادي، وإن حكم التحكيم الذي ذهب إليه الأطراف هو حكم صادر عن قضاء خاص، وإن شأنه شأن أي حكم قضائي(191).

وقد تنتهي إجراءات التحكيم دون الفصل في النزاع في عدة حالات نذكر أهمها:

أ - **انقضاء خصومة التحكيم بالاتفاق:** قد يتفق أطراف العقد في إنهاء الخصومة، وقد يتم ذلك الاتفاق صراحةً من خلال اتفاق جديد أو من خلال إعلانات متبادلة بين المحضرين أو من خلال خطابات بين الخصوم على إنهاء التحكيم(192).

ب -**التسوية الودية للنزاع:** وفي حال الدخول في إجراءات التحكيم يبقى الحق لأطراف النزاع في الاتفاق على تسوية منازعاتهم ودياً في أي مرحلة من مراحل التحكيم وإذا ما اتفق الأطراف على تسوية نزاعاتهم ودياً واتفقوا على عناصر التسوية فإن إجراءات التحكيم تتعطل نهائياً(193).

---

(190) الضراس، عبد الباسط، مرجع سابق، ص53.

(191)سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص275

(192) الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت (2006). التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، صنعاء، ص359.

(193) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، مرجع سابق، ص336.

ج- **سقوط خصومة التحكيم:** وتسقط خصومة التحكيم في حال عدم قيـام المـدعي بمتابعـة إجراءات السير في الخصومة المعروضة على هيئة التحكيم لمدة معينـة، ولـذلك يمكـن إسقاط الحق موضوع النزاع في حال تقادم الحق[194].

التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) في التشريع الأردني

لقد تباينت الآراء حول جواز الأخذ بالتحكيم كأداة لفض المنازعات التي تكون الدولـة طرفاً فيها، وبعضها لم تأخذ بالتحكيم لفض المنازعات الواردة على العقود التي أبرمتها الدولة وبالعودة إلى التشريع الأردني فإن قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 لـم يـنص صراحة على جواز التحكيم في منازعات العقود التي تكون الدولة طرفاً فيهـا ، وفـي نفـس الوقت لم يورد أي نص يحرمه، وإنما سكت عن ذلك. وما السكوت إلا دلالة علـى الإجـازة الضمنية للتحكيم، وعليه فقد ضمنت العديد من المؤسـسات والهيئـات العامـة والقطاعـات الحكومية في الأردن عقودها نصوصاً تجيز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع[195].

وفي عام 2001 صدر قانون التحكيم الجديد رقم 31 لسنة 2001 والذي أجـاز فـي المادة الثالثة منه اللجوء إلى التحكيم بنص صريح، حيث نصت على (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بـين أطـراف مـن أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يـدور حولهـا النزاع، عقدية أكانت أو غير عقدية)[196]. وبذلك فإن المشرع الأردني قد أزال الغموض الذي

([194]) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، مرجع سابق، ص343.

([195]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص302.

([196]) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

كان يسود مسألة اللجوء إلى التحكيم في عقود البوت في الأردن في ظل الصمت الذي جاء في قانون التحكيم القديم رقم (18) لسنة 1953[197].

شروط التحكيم:

لقد وردت هذه الشروط في نصوص المواد رقم (9، 10، 14) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001، ويجب توافر هذه الشروط سواء كان العقد وفق نظام عقود البوت أم غيره من العقود وهي:

1- فوفقا للمادة 9 من قانون التحكيم يجب أن يكون الاتفاق على التحكيم من قبل شخص طبيعي أو معنوي يملك التصرف في حقوقه. 2- ألا يكون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالقرارات الإدارية أو الجزائية أو مسائل الأحوال الشخصية، لأن مثل هذه المسائل متعلقة بالنظام العام فلا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم، وقد حصر المشرع الأردني جواز التحكيم وفقاً للمادة الثالثة من هذا القانون في المسائل المدنية والتجارية، وقد قضت المادة 10 من هذا القانون بأنه". 3- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق. ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، وقضت المادة (10/ج) من هذا القانون بأنه ، أما إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم

([197]) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص303.

مكتوب. 4 - لقد أوردت المادة (14) من قانون التحكيم بفقرتيها أ، ب أن تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين يكون من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة محكمين، فإذا تعددوا وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً) (198).

وفي حال توافر الشروط الواردة في مواد القانون رقم (31) لسنة 2001 السابق ذكرها في المنازعات الناشئة في عقود البوت المنفذة في المملكة الأردنية الهاشمية فإن الاختصاص يكون لهيئة التحكيم ولا يحق للمحاكم العادية النظر في هذا النزاع، وبانعقاد الاختصاص إلى هيئة التحكيم بكون المستثمر الأجنبي غير خاضع للمحاكم الأردنية وإجراءاتها وبذلك نكون قد ساهمنا في جلب استثمارات للبلاد تساهم في دفع عجلة التنمية والتطور على كافة المجالات في المملكة.

المبحث الثالث

القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T)

سنتكلم عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T في التشريع الاردني وكذلك القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة على هيئات التحكيم وهذا ما سيتم تناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) في التشريع الأردني.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) أمام هيئات التحكيم.

---

(198) الحمود، وضاح، مرجع سابق، ص104 -105.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) في التشريع الأردني

ذهب المشرع الأردني إلى إخضاع العقد في منازعاته إلى القانون الذي اختاره وارتضاه الأطراف ليحكم النزاع بينهما[199]. وهذا ما ذهبت إليه المادة (20) من القانون المدني بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك) [200]. وللوهلة الأولى عند النظر لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني نجد أن القانون الأولى بالتطبيق هو قانون الموطن المشترك ومن ثم قانون محل إبرام العقد ثم باقي القوانين المختارة، وبعد التمعن بالنص المذكور أعلاه نجد أن القانون الأولى بالتطبيق هو القانون المختار من قبل أطراف العقد ولكن في حال لم يتفق أطراف العقد على اختيار قانون لتنظيم العقد نذهب إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق إما صراحةً من خلال ذكره في بنود العقد، أو من خلال اتفاق لاحق للعقد وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق ضمناً وذلك من خلال استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين وهذا ما أيدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 95/697 لسنة 1995 وقرارها رقم 82/697 لسنة 1982. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها[201] بأن القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين هو قانون إبرام العقد وذلك بقولها: (استقر الاجتهاد على أنه إذا تم توقيع عقد في الأردن فإن القانون الواجب التطبيق هو

([199]) حزبون، جورج (2002). قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدية الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرين، يونيو، ص239 وما بعدها.

([200]) انظر القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(201) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 82/697 لسنة 1982، منشورات مركز عدالة.

قانون المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة (20) من القانون المدني...). وبينما قضت في قرار آخر لها بوجوب تطبيق القانون الذي اختاره أطراف العقد صراحة بقولهـــا: (إن اتفـــاق المتعاقدين على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل يعد نافذاً بحقهما وملزماً لهما على اعتبار أنه يشكل جزءاً من شروط العقد) [202].

وبعد الاطلاع على نص المادة (20) من القانون المدني الأردنـــي رقـــم (43) لـــسنة 1976 والتي وضحت القاعدة العامة للقانون الواجب التطبيق فقد جاء في نص الفقرة الثانيـــة من نفس المادة استثناء عليها وهذا الاستثناء جاء على العقود المتعلقة بالعقارات، وبما أن عقد (البوت) عقد يتعلق بالعقارات العملاقة فإننا سوف نقوم بذكر هذا الاســـتثناء، وحيـــث جـــاء الاستثناء الذي يقضي على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار، ونستنتج من ذلك أن القانون الواجب التطبيق على كافة عقود (البـــوت) هـــو قانون موقع العقار أي أن كافة عقود البوت المبرمة في المملكة الأردنية الهاشمية تخضع إلى القانون الأردني وبذلك فإن القضاء الأردني هو صاحب الاختصاص في نظر النزاع المتعلـــق بهذا النوع من العقود، فإذا تم الاتفاق على إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم داخلية أو دولية، فـــإن عليها احترام رغبت المشرع الأردني بأن تطبق القانون الأردني، ويجب على الهيئـــة تطبيـــق القانون الأردني وذلك احتراماً لمبدأ السيادة التي تتمتع بها الدولة. [203]

([202]) الظفيري، مدلول حشاش، مرجع سابق، ص 174 -175.

([203]) نص المادة (20) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) على هيئات التحكيم

يتسم التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم بأنه تحكيم منظم وسريع وعملي تسري فيه أحكام التقاضي أمام هيئة أو محكمة التحكيم ونظراً لما لهيئات التحكيم من أهمية على المستوى المحلي والدولي في فض النزاع في العقود بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص فقد أصبح التحكيم لدى هذه الهيئات الدائمة في كثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي إجباري[204].

وعند قيام هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع المحال إليها بموجب بنود العقد أو باتفاق لاحق بعقد مستقل فإن عليها تقرير القانون الواجب التطبيق، وإن اختيار هذا القانون يثير جدلاً من الناحية النظرية والعملية عند احد الفقهاء خاصة إذا كان احد أطراف العقد دولة كما هو الحال في أغلب عقود البوت[205]، وذلك بما تذهب إليه هيئات التحكيم عند اختيار القانون الواجب التطبيق حيث تعارض الدولة بالنسبة للعقود التي ترى بأنها طرف رئيسي فيه بان يكون القانون الواجب التطبيق تابع إلى دولة أخرى، بينما يرى الطرف الأخر أن قانون هذه الدولة قد لا يكون متطور من الناحية التشريعية بحيث يحقق الأمان للمستثمر المتمثل بشركة المشروع وتلبيةً لتحقيق العدالة في النزاع المطروح أمام هيئات التحكيم ظهرت مجموعة من المعايير تحكم القانون الواجب التطبيق وهذه المعايير هي:

([204]) الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003). النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص13 -14.

([205]) حزبون، جورج (1988). الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد1 -2 -3، كانون الثاني/ شباط/ آذار، ض572 وما بعدها.

1 - قانون العقد:

يظهر في هذا المعيار التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي ذهبت إرادة الأطـــراف إليه سواء كان مرتبط بالعقد أم لا وسواء تم الاتفاق على قانون الدولة المستـــضيفة لمـــشروع العقد أم قانون دولة المشروع الأجنبي، وان هذا المعيار يدل على احترامه لرغبـــة أطـــراف العقد[206] وحيث أن أطراف العقد هم الأقدر على تصور ما قد ينشئ من منازعـــات تخـــص العقد وهم الأقدر على وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة وقد يلجأ الأطراف إلى الـــدمج بـــين مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو العادات والأعراف المتعلقة بالعقد لإنشاء قانون عقدهم[207].

وهذا ما ذهبت إليه المادة 1/42 من اتفاقية المركـــز الـــدولي لتـــسوية المنازعـــات الاستثمارية، حيث جاء فيها (المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفقت عليها الأطراف) وفي حال غياب مثل هذا الشرط فيكون للمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع وقواعد القانون الدولي[208].

وقبل التسليم بهذا المعيار فإنه قد ترد بعض الحالات الاستثنائية عليه في حال ارتبـــاط العقد بعقار وكان القانون الواجب التطبيق وفق الإرادة ليس قانون دولة العقـــار فـــإن الدولـــة سوف تمتنع عن تنفيذ الحكم وذلك تمسكاً بقانونها الداخلي حيث تنص المادة (20) من القانون المدني على ذلك بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولـــة التـــي يوجـــد فيهـــا الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد

([206]) الظفيري، مدلول حشاش، مرجع سابق، ص177.

([207]) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، مرجع سابق، ص265.

([208]) مهدين، جلال وفاء (2005) التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمـــام المركـــز الـــدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد - الإجراءات – الاتجاهات الحديثة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ص58.

هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك) حيث أن أغلب الدول ترفض تطبيق قـــانون أجنبـــي على منازعات ترتبط بعقار داخل إقليمها وهذا ما نصت عليه المـــادة (2/5/ب) مـــن اتفاقيـــة نيويورك والتي جاء فيها (رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتـــراف بـــذلك يناقض السياسة العامة بذلك البلد) [209].

2 - قانون الدولة المتعاقدة:

لقد جاء في نص المادة (1/42) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أولوية تطبيق قانون الدولة ومبادئ القانون العام بما يتعلق بالموضوع وذلك في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا نص كالأتي: (إذا لـــم يتفـــق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النـــزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القـــانون الـــدولي المتعلقـــة بالموضوع) وهذا ما نصت عليه المادة (2/5/ب) من اتفاقية نيويورك والتي جاء فيها (رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتراف بذلك يناقض السياسة العامة بـــذلك البلـــد) [210].

3 - القانون المتصل بالعقد:

إن القانون الواجب التطبيق على النزاع يكون متصل في العقد من خلال ثلاث حالات وهي[211]:

أ - قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

([209]) الظفيري، مدلول حشاش، مرجع سابق، ص178.

([210]) المرجع نفسه، ص 177 -178.

([211]) المرجع نفسه، ص179 -180.

قد يكون الموطن المشترك هو الحل الأمثل في حال عدم اتفاق الأطراف على قــانون مختص بنظر النزاع، وما الموطن المشترك إلا دلالة على الإرادة المفترضــة علــى تطبيــق قانون الموطن الذي ينتمي إليه الأطراف وذلك لمعرفتهم به وإذا كــان الأطــراف أشــخاص اعتبارية فإن الموطن هو مركز الإدارة الرئيس وفق ما جاء في المادة (1/51/د) من القــانون المدني الأردني.

ب - قانون بلد الإبرام:

في حال عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال إرادة المتعاقدين وعدم اعتمــاد الموطن المشترك لهم، فإن المحكم يلجأ إلى قانون بلد إبرام العقد وذلك لأنه أقــرب القــوانين صلة وارتباطاً بالعقد موضوع النزاع.

ج - قانون بلد التنفيذ:

إن قانون بلد تنفيذ العقد الذي أقيم عليه المشروع في عقود البوت هو الأصلح لحكــم النزاع عند عدم قيام الأطراف بتحديد القانون المختص وذلك لكون قانون بلد تنفيذ المــشروع هو الأكثر إطلاعاً وخبرةً في طبيعة النزاع المنظور.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

إن الاستثمار في المشاريع الأساسية للدولة وبالأخص مشاريع البنية الأساسية يعد ضرورة أساسية لتحقيق التطور المنشود داخل الدولة وتوفير النمو الاقتصادي الذي يسهم بشكل مباشر في تحقيق أفضل الخدمات للمواطنين ومواكبة تطورات العصر والانفتاح على العالم ويعد عقد البوت من أفضل الأنظمة التي توجهت لها الدول بشكل عام والدول النامية بشكل خاص لتوفير البنى التحتية والمشاريع العملاقة دون إرهاق ميزانياتها أو اللجوء إلى المديونية، حيث تستعين الجهة المانحة بالقطاع الخاص متمثلاً بالمستثمر لإنشاء مشروعات البناء الأساسية واستغلاله من قبل القطاع الخاص خلال فترة يتم الاتفاق عليها، وبعد ذلك يتم إعادة هذه المشاريع إلى الجهة المانحة بحالة جيدة وقابلة للاستغلال وبذلك تكون الجهة المانحة التي في الأغلب تكون الدولة قد تجنبت إرهاق ميزانياتها بديون وحصلت على البنى المنشودة لخدمة الجمهور.

وقد تبين أن هذه العقود تتمتع بطبيعة خاصة لاحتوائها على مجموعة من العقود والاتفاقيات التي تنظم عملها، ولذلك نظم كل من القانون والقضاء والفقه النصوص في حولة إلى إيجاد النظام القانوني لعقود البوت وذلك من أجل إخضاعها للقانون والقضاء الذي يخدم مصلحتهم، حيث صنفها فقهاء القانون الخاص بأنها من عقود القانون الخاص، وبالتالي تخضع للقانون المدني والقضاء المدني بينما ذهب فقهاء القانون الإداري إلى كونها من عقود القانون الإداري وتخضع للقانون الإداري والقضاء الإداري.

ثانياً:النتائج:

3- عدم وجود تشريع مختص تنظيم عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكيــة) فــي المملكة الأردنية الهاشمية حيث لا يوجد نصوص تنظيم كافة مراحل العقد من بدايتــه إلى حيث يتم تسليم المشروع.

4- عدم وجود هيئة أو مؤسسة مستقلة متكونة من مجموعة من الأعضاء تتــوافر فــيهم الكفاءة القانونية والفنية لتنظيم التعاقد في مشروعات البوت حيث أن إهمال تنظيم هذه العقود يؤدي إلى إهمال مقدرات البلاد.

5- نقص التشريعات المشجعة للتعاقد وفق مشروعات عقود البوت وضعفها ممــا يــؤثر على جذب المستثمرين سواء على المستوى المحلي أو الاحنبي، مما يؤثر على التنمية الاقتصادية داخل البلاد.

6- هناك تداخل بين عقود البوت(B.O.T) والعقود المنشقة منها مثــل عقــد (BOOT) وعقد(Boo) وعقد(B.L.t) وعقد(R.o.o) حيث أن كل عقد مــن هــذه العقــود لــه خصوصية ومميزات تميزه عن عقود البوت والعقود الأخرى رغم هذا التداخل.

7- هناك تداخل بين عقد البوت والعقود الشبيهة مثــل عقــد التــأجير التمــويلي وعقــد الخصخصة وعقد الأشغال العامة حيث ان هذه العقود بعيدة عن عقود البوت ولكنهــا تتشابه في كونها ترتبط في هذا العقد ببعض الجزيئات.

8- عدم انتشار مشاريع عقود البوت في المملكة الأردنية الهاشمية بشكل واسع وبالــشكل الذي عليه الحال كما هي في عقود التأجير التمويلي والخصخصة مع أنها تعد أفــضل من حيث المساهمة في توفير المال العام وتشجيع التنمية.

9- في اتفاقيات عقود البوت لا تذكر بعض الحقوق والالتزامات بشكل دقيق مما يؤدي إلى نشوء بعض النزاعات والاختلافات أثناء العمل في المشروع وقد تبرز بعض العراقيل عند تسليم المشروع وإعادة ملكتيه إلى الجهة المانحة مثل نقل التكنولوجيا وتدريب العمال التابعين للجهة المانحة.

10- تنشأ الكثير من النزاعات في عقود البوت حول آليات فض النزاع والقانون الواجب التطبيق لهذه العقود من خصوصية داخل الدول التي تقام عليها ودور الاتفاقيات المبرمة عند التعاقد في تحديد آلية فض النزاع الحاصل.

11- يلعب التحكيم دور مهم في عقود البوت وذلك من خلال هيئات مستقلة بتحكيم المنازعات الناشئة حول هذه العقود لما يمتاز به من سرعة في الإجراءات المتبعة.

ثالثاً: التوصيات:

1- ضرورة إيجاد تشريع ينظم عقود البوت (البناء والتشييد ونقل الملكية) في الأردن وذلك من خلال وضع نصوص واضحة تنظم كافة مراحل العقد من بداية التعاقد إلى حين تسليم المشروع.

2- ضرورة وجود هيئة أو مؤسسة تتوافر في أعضائها الكفاءة القانونية والفنية تعنى في تنظيم عقود البوت التي تكون الدولة طرفاً فيها وذلك لحماية مقدرات البلاد من الاستغلال غير المشروع والاتفاقيات الجائرة وعدم سيطرة المستثمرين الأجانب على موارد الدولة وتفعيل الدور الرقابي على هذه المشروعات.

3- وضع تشريعات مشجعة لعقود البوت تساعد على جذب المستثمرين المحليين والأجانب للتعاقد وفق هذا النظام وذلك لما لهذا العقد من دور في دفع عجلة الاقتصاد والنهوض بالدولة في مراحل التنمية ولكن دون الإخلال بمصالح الدولة الرئيسية.

4- ضرورة التفريق بين عقد البوت والعقود المشتقة منه.

5- ضرورة التمييز بين عقد البوت والعقود الأخرى مثل الخصخصة والأشغال العامة وعقد التأجير التمويلي وبيان أوجه التشابه والاختلاف فيما بينها.

6- ضرورة إنشاء مركز مختص بتحكيم منازعات عقود البوت بين الدول العربية ووفق الأنظمة العربية.

7- يجب أن يذكر في الاتفاق المبرم في ثنايا العقد الحقوق والالتزامات الواردة لكلا الطرفين بنوع من التفصيل والوضوح ويجب أن تكون شاملة لكل مراحل المشروع وجزئيات العقد.

8- ضرورة ذكر الحقوق والالتزامات لكلا أطراف العقد بخصوص آليـة نقـل التكنولوجيـا الحديثة اللازمة لتشغيل المشروع وتدريب موظفي الجهة المانحة للمـشروع علـى آليـة تشغيل المشروع وصيانته بعد فترة انتهاء الامتياز.

9- ينبغي أن ينص في الاتفاق على آليات لتسوية النزاعات التي تنشأ بين أطراف عقد البوت بحيث تكون هذه الآليات ملائمة لاحتياجات الأطراف والمشروع ويجب ذكر الجهة التـي يحل النزاع من خلالها بنوع من الوضوح والدقة مثل القضاء العادي أو التحكيم.

10- يجب أن تترك لصاحب الامتياز الحرية في اختيار الآليات المناسبة لتسوية المنازعات التجارية بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعهدين ومورديه وإلى كل مـن المتعاقـدين معه.

المراجع والمصادر:

أولاً: الكتب:

أبو قحف، عبد السلام (2003). **الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية**، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر.

أبو يونس، محمد باهي (1996). **أحكام القانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر.

إدريس، ثابت عبد الرحمن (2001). **التفاوض مهارات واستراتيجيات**، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر.

إدريس، عبد الرحمن (2001). **التفاوض مهارات وإستراتيجيات**، الدار الجامعية، الإسكندرية،مصر.

بدر، أحمد سلامة (2003). **العقود الإدارية وعقد البوت**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

بسيوني، عبد الله عبد الغني (1988). **القانون الإداري الضبط الإداري، المرافق العامة، الأموال العامة القرارات الإدارية**، العقود الإدارية، القاهرة، مصر.

البهجي، عصام أحمد (2008)**عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر.

جبريل، جمال عثمان (1999). **الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت (2006). **التحكيم في القوانين العربية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، صنعاء، اليمن.

الجرف، طعيمة (1963-1964). **القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونـــشاط الإدارة العامة**، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.

جعفر، أنس (2007). **العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقـه بالقانون (99) لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات فـي مـصر ولائحتـه التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات 2006 مع دراسة لعقود الBOT**، ط4، دار النهـضة العربية، القاهرة.

الجمل، هارون عبد العزيز (1979). **النظام القانوني للمزادات في عقد الأشغال العامة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

جواد، شوقي ناجي، وأبو القحف، عباس غالي (1991). **التفـاوض مهـارة وإسـتراتيجية**، بغداد.

الحاجي، محمد عمر (2007). **الخصخصة ما لها وما عليها**، دار المكتبي، القاهرة، مصر.

الحبشي، مصطفى عبد المحسن (2008). **الوجيز في عقود البوت B.O.T**، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.

حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008)، **عقد البوت في القانون المقارن** ، دار الكتب القانونية، القاهرة.

حسبو، عمر أحمد،(2007) **المنظور الحديث لعقود إلزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت B.O.T**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

حسن، علي عوض (2009). **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

حسين، أحمد جيهان، والسيد، أحمد جيهان حسن (1995). **عقـــود البـــوت وكيفيـــة فـــض المنازعات الناشئة عنها**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

حسين، محمد بكر (2006). **الوسيط في القانون الإداري**، دار الفكر الجامعي، الإســـكندرية، مصر.

حسين، محمد بكر (2006). **الوسيط في القانون الإداري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

الخصاونة، صقر أحمد، (2005).**عنصر التأجير التمويلي**، دار وائل للنشر، عمان الأردن.

الخطيب، نعمان (2001). **مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا**، ط1، دار الثقافة للنشر،عمان، الأردن.

خليفة، عبد المنعم (2005). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003). **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

الزعبي، عوض أحمد (2003). أصول **المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، الاختـــصاص**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.

سامي، فوزي محمد (2007)، **شرح القانون التجاري**، دار الثقافة، عمان، الأردن.

سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). **التحكيم التجاري الدولي:** دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

سلامة، أحمد رشاد (2003). **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T فـــي العلاقـــات الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

السيد، محمد صلاح (1993). **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

شطناوي، علي خطار (2002). **الوجير في القانون الإداري**، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.

صيام، مروة (2003). **القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها – الاستملاك - الأشغال العامة – التنظيم المدني)** بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، عمان،الأردن.

الضراسي، عبد الباسط محمد عبد الواسع (2008). **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، صنعاء، المكتبة الجامعية الحديثة.

الطماوي، سليمان (1967). **الوجيز في القانون الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة،مصر.

الطماوي، سليمان (2005). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

عبد العظيم، حمدي (2006). **دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

علي، إبراهيم محمد (2003). **آثار العقود الإدارية**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

الفاروقي، حارث سليمان (2006). **المعجم القانوني**، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان.

القضاه،مفلح (2004)، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي**، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن.

المصري، زكريا (2007). **أسس الإدارة العامة، التنظيم الإداري – النشاط الإداري**، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.

معلا، ناجي (2000). **التفاوض الإستراتيجية والأساليب (مدخل الحوار الاقناعي)**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

المنذر، هادي (2004). **الحلول البديلة للنزاعات القضائية (دليل تطبيقي مفاوضات – وساطة – تحكيم)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

مهدين، جلال وفاء (2005) **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد - الإجراءات – الاتجاهات الحديثة**، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر.

مهنا، محمد فؤاد (1967). **القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني**، دار المعارف، عمان، الأردن.

المومني، أيمن محمد أحمد (2003). **التحكيم بين القضاء والقانون**، الملكية القانونية.

الناري، محمد (د.ت). **الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية**، بدون تحديد طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

الناشف، انطوان (2000). **الخصخصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

ناصف،حسام الدين فتحي (2003) **التأجير التمويلي الدولي المنقول**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

ناصيف، الياس (2006). **سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت**، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان.

نصار، جابر جاد (2002)، **عقود ألبوت**، دار النهضة العربية، القاهرة.

نصار، جمال الدين (2000). **تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام B.O.T**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

آغا، عماد فايز (2002). **الاستثمار الأجنبي في الأردن**،رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

الحمود، وضاح محمود رشيد(2008)، **حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

حواطمة، خالد مصطفى (2003). **سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن،

الضفيري، مدلول حشاش (2007)، **الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

طالب، جمال حسين (2009). **صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان ،الأردن.

علي، علي غسان (2004). **الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس.

ثالثاً: الدوريات:

الأحدب، عبد الحميد (2001). عقود التمويل مع التشغيل B.O.T، **ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر وزارة المالية والبنك الإسلامي**، القاهرة، 27و28 يناير.

بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات، **المعهد القضائي الأردني**، 2005.

حبش، إبراهيم (2002). **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة**، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

حزبون، جورج (1988). الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي الخاص، **بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، العدد1 -2 -3، كانون الثاني/ شباط/ آذار.

حزبون، جورج (2002). قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدية الإجرائي والمستحدث الموضوعي، **بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي**، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرين، يونيو.

الحلو، ماجد راغب (1971). **أعمال وامتيازات السلطة الإدارية**، مؤسسة شباب الجامعة، محاضرات منشورة.

الرشد، خالد عبد الله (2004). **جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد**، الطبعة الأولى، صادر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

الزعبي ومنصور (2002). الاستخدامات المثلى لعوائد الإنتاجية في الأردن، **ورشة عمل**، المنبر الأردني للتنمية الاقتصادية.

الطيار، صالح بكر (2000)، النظام القانوني في مشروع البوت B.O.T، **مركز الدراسات العربي الأوروبي.**

الفيلي، محمد (2005). الضمانات والمزايا لشركة المشروع وفقاً لقانون الاستثمار الكـويتي، **ورقة عمل مقدمة لمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية،** المنعقد في دولة الكويـت خلال الفترة من 8 -9 مارس 2005.

القاموس المحيط، باب الميم، فصل الحاء، بيروت، مؤسسة الرسالة، للفيروز أبادي.

ندوة (بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات) عمان، 5 -6 كانون أول 2006، المعهـد القضائي الأردني بالتعاون مع المدرسة الوطنية للقضاء الفرنسي، 2006.

رابعاً:القوانين والتشريعات:

- قانون ترويج الاستثمار الأردني المؤقت رقم (67) لسنة (2003) .
- قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997) وتعديلاته.
- قانون الشركات الأردني رقم (4) لسنة 2002 .
- قانون الشركات الأردني رقم (40) لسنة 2002.
- قانون الشركات الأردني رقم (74) لسنة 2002.
- قانون الشركات الأردني رقم (17) لسنة 2003.
- قانون الاستثمار الكويتي .
- قانون الاستثمار الأردني رقم (68) لسنة 2003.
- القانون المدني الأردني.
- تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1987 .
- الدستور الأردني.
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 .
- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) .

- قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (17) لسنة 2001.
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 .
- قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة 1989.